Heft 9 [497] 66. Jahrgang 27. Februar 1937

Juristische Wochenschrift

Organ der Reichsgruppe Rechtsanwälte des NS. Rechtswahrer-Bundes
Herausgegeben von dem Reichsgruppenwalter Rechtsanwälte Dr. H. Droege

Das Aktiengesetz vom 26. Januar 1937

(RGBl. I, 1937, 107)

Vorbemerkung der Schriftleitung:

Am 30. Jan., am Ende des 4. Jahres der nationalsozialistischen Regierung, hat die Reichsregierung ein neues deutsches Aktiengesetz erlassen und damit die nationalsozialistische Rechtserneuerung auf einem weiteren Teilgebiet vollendet. Wohl stand die „Aktienrechtsreform" schon seit einem Jahrzehnt und länger im Mittelpunkt der Erörterungen. Es hat auch nicht an Vorschlägen und Entwürfen gefehlt, auch einige Novellen gab es. Aber wie auf allen Gebieten, so war auch hier in der Systemzeit eine durchgreifende Reform unmöglich. „Es blieb", wie Reichsminister Dr. Frank in einem Artikel im „Völkischen Beobachter" v. 29. Jan. 1937 ausführte, „der nationalsozialistischen Bewegung vorbehalten, Wandel zu schaffen. Sie hat sich auch hier nicht auf einzelne gesetzestechnische Verbesserungen beschränkt, sondern eine grundsätzliche Erneuerung des Gesetzes angestrebt und erreicht. Im Januar 1934 berief ich als Präsident der Akademie für Deutsches Recht einen Ausschuß für Aktienrecht und stellte ihm die Aufgabe, in einer fruchtbaren Synthese zwischen den Grundsätzen des Nationalsozialismus und den Bedürfnissen einer geordneten deutschen Wirtschaft die Grundelemente für ein neues deutsches Aktienrecht zu schaffen.

Wie die amtliche Begründung hervorhebt, ist auf der Grundlage der zwei Berichte von April 1934 und April 1935 über die Arbeiten des Aktienrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht, an dem hervorragende Vertreter der Partei und der Wirtschaft beteiligt waren, der vom Reichsjustizministerium vorgelegte Entwurf fertiggestellt worden."

In den folgenden drei Aufsätzen werden die wichtigsten Teile des neuen Aktienrechts eingehend erörtert. Die Behandlung weiterer aktienrechtlicher Themen ist vorgesehen.

Vorstand und Aufsichtsrat im neuen Aktiengesetz

Von Landgerichtsrat E. Geßler im Reichsjustizministerium

Die Leitung der Aktiengesellschaft war im Handelsgesetzbuch entsprechend der liberalistischen Grundeinstellung der Zeit auf dem Prinzip der Demokratie aufgebaut. Oberstes Verwaltungsorgan war die Generalversammlung. In ihr sollten die Aktionäre nach dem Mehrheitsprinzip über die Leitung der Gesellschaft entscheiden. Dem Vorstand war vom Gesetz keine selbständige Stellung eingeräumt. Er war lediglich als ausführendes Organ der Generalversammlung gedacht. Zwischen beiden stand der Aufsichtsrat. Er sollte als Vertrauensorgan der Aktionäre die Geschäftsführung des Vorstands überwachen und dafür sorgen, daß die Interessen der Aktionäre berücksichtigt und namentlich die Weisungen der Generalversammlung eingehalten wurden.

Da die Demokratie dem Leben fremd ist, konnte es nicht ausbleiben, daß sich die tatsächliche Handhabung des Gesetzes durch die Wirtschaft von der Auffassung des Gesetzgebers entfernte. Zu keiner Zeit war die Hauptversammlung i. S. des Handelsgesetzbuches tatsächlich das oberste Verwaltungsorgan. Sie entschied nicht über die Geschicke der Aktiengesellschaft, so viele Beschlüsse auch gefaßt wurden, die das nach außen kundtun sollen. Die Masse der Aktionäre war auf der Generalversammlung überhaupt nicht vertreten. Wenn sie aber vertreten war, so fehlte ihr jeder Einblick in die schwierigen Fragen der Leitung, und sie mußte ihre Beschlüsse nach Gutdünken fassen. Von der Verwaltung der Gesellschaft wurde durch Verhandlungen mit den maßgebenden Großaktionären und den Banken vor der Beschlußfassung dafür gesorgt, daß die Beschlüsse den gewünschten Inhalt hatten. Damit war die Generalversammlung zur Bedeutungslosigkeit verurteilt. Die oberste Verwaltung der Gesellschaft lag nicht bei ihr; sie lag in den Händen des Vorstands und des Aufsichtsrats. Da der Vorstand meist vom Aufsichtsrat bestellt wurde, hatte dieser auch den Vorstand in der Hand und war so der eigentliche Leiter der Gesellschaft. Seine tatsächliche Stellung fand in vielen Satzungen dadurch seine rechtliche Verankerung, daß ihm Maßnahmen der Geschäftsführung ausdrücklich übertragen wurden. Das war das Bild, das die Verfassung der Aktiengesellschaft in unvereinbarem Widerspruch zu den demokratischen Grundgedanken des Handelsgesetzbuchs bot.

Die Erneuerung des Aktienrechts konnte an dieser tatsächlichen Gestaltung nicht vorübergehen und es bei der früheren Regelung lassen. Das wirtschaftliche Leben muß mit der rechtlichen Gestaltung harmonieren. Das Aktiengesetz bricht daher mit dem demokratischen Aufbau der Verfassung der Aktiengesellschaft. Es ersetzt ihn durch eine den Bedürfnissen der Wirtschaft gerecht werdende Regelung. Hauptversammlung, Vorstand und Aufsichtsrat haben jeder für sich Aufgaben zugewiesen erhalten, die sie auf der einen Seite wirklich erfüllen können und die auf der anderen Seite jedes Gegeneinanderarbeiten der einzelnen Verwaltungskörper ausschließen. Die Hauptversammlung entscheidet über den satzungsmäßigen und wirtschaftlichen Aufbau der Aktiengesellschaft. Die Leitung der Gesellschaft und damit die Geschäftsführung liegt in den Händen des Vorstands. Der Aufsichtsrat ist zu seiner eigentlichen Aufgabe, der Beaufsichtigung der Geschäftsführung des Vorstands, zurückgeführt worden. Die

grundlegenden Änderungen, die damit die Rechtsstellung des Vorstands und des Aufsichtsrats erfahren hat, sollen im folgenden näher behandelt werden.

I. Der Vorstand

Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands

Die Übertragung der Geschäftsführung an den Vorstand ergibt sich aus mehreren gesetzlichen Bestimmungen. Zunächst bestimmt § 70, daß der Vorstand die Gesellschaft unter eigener Verantwortung zu leiten hat. Damit ist positiv das Recht des Vorstands zur Leitung der Gesellschaft und damit zur Geschäftsführung ausgesprochen. In dieser Bestimmung erschöpft sich allerdings die Bedeutung des § 70 nicht. Sein Schwerpunkt liegt nicht in der Beantwortung der Frage, wer die Gesellschaft zu leiten hat, sondern darin, wie sie zu leiten ist. Negativ bestimmen § 95 Abs. 5 und § 103 Abs. 2, daß dem Vorstand die Leitung der Gesellschaft zusteht, indem sie den Aufsichtsrat und die Hauptversammlung von der Geschäftsführung ausschließen. Damit hat das Gesetz vom Gesichtspunkt jedes Verwaltungsträgers zur Frage der Leitung der Gesellschaft ausdrücklich Stellung genommen und sie dem Vorstand zugewiesen.

Die Geschäftsführung des Vorstands ist aber nicht frei von jeder Bindung. Die oberste Richtschnur seines Verhaltens bei der Geschäftsführung stellt § 70 Abs. 1 auf. Der Vorstand hat die Gesellschaft so zu leiten, wie das Wohl des Betriebs und seiner Gefolgschaft und der gemeine Nutzen von Volk und Reich es fordern. Das bisherige Gesetz enthielt eine solche Vorschrift nicht. Es sah nur die eine Seite der Aktiengesellschaft, nämlich das Verhältnis der Aktionäre zur Gesellschaft. Die Wirtschaft hat aber nicht den Interessen einzelner zu dienen, sondern dem Volk in seiner Gesamtheit. Deshalb stellt § 70 Abs. 1 für die Leitung der Aktiengesellschaft eine sozialpolitische und eine wirtschaftspolitische Forderung auf. Sozialpolitisch hat der Vorstand nicht einseitig die Belange der Gesellschaft und damit die der Aktionäre zu wahren, sondern auch und vor allem das Wohl des Betriebs und seiner Gefolgschaft zu berücksichtigen. Wirtschaftspolitisch muß sich die Gesellschaft der deutschen Volkswirtschaft eingliedern; ihre Leitung hat dem gemeinen Nutzen von Volk und Reich zu dienen.

Während § 70 mehr eine allgemeine Forderung für die Leitung der Gesellschaft aufstellt, können daneben besondere Einschränkungen in der Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands bestehen. Sie können auf der Satzung beruhen oder durch den Aufsichtsrat oder die Hauptversammlung festgesetzt sein.

Die Satzung kann zwar dem Vorstand die Geschäftsführungsbefugnis nicht nehmen und sie einem anderen Organ übertragen. Eine solche Satzungsbestimmung wäre nichtig. Sie stände zu § 95 Abs. 5 Satz 1 und § 103 Abs. 2 in unvereinbarem Widerspruch. Die Satzung kann aber bestimmen, daß bestimmte Arten von Geschäften nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats vorgenommen werden sollen (§ 95 Abs. 5 Satz 2). Dabei ist zu beachten, daß nur „bestimmte Arten von Geschäften" von der Zustimmung abhängig gemacht werden können. Unzulässig wäre es, wenn die Satzung durch Aufzählung fast aller Geschäftsarten dem Vorstand die selbständige Geschäftsführung praktisch nehmen wollte. „Bestimmte Arten von Geschäften" sind immer nur einzelne Arten, die ausnahmsweise ausgenommen werden. Die Führung dieser Geschäfte kann nur von der Zustimmung des Aufsichtsrats, nicht auch von der der Hauptversammlung abhängig gemacht werden. Enthält die Satzung eine solche Beschränkung der Geschäftsführung, so ist der Vorstand der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, sie auch im Rechtsverkehr nach außen einzuhalten (§ 74 Abs. 1). Die Nichteinhaltung der Beschränkung macht ihn schadensersatzpflichtig (§ 84 Abs. 2).

In gleicher Weise kann der Aufsichtsrat bestimmen, daß bestimmte Arten von Geschäften nur mit seiner Zustimmung vorgenommen werden sollen (§ 95 Abs. 5 Satz 2). Da er seine Zustimmung für bestimmte Arten von Geschäften vorschreiben kann, kann er seine Zustimmung auch für ein einzelnes Geschäft fordern. Niemals kann er aber für bestimmte Arten oder für ein einzelnes Geschäft sich selbst die Geschäftsführung übertragen (§ 95 Abs. 5 Satz 1). Der Vorbehalt der Zustimmung stellt sich nur als ein Ausfluß seines Aufsichtsrechts dar. Er wird dadurch nicht zum geschäftsführenden Organ.

Die Hauptversammlung kann zur Geschäftsführung weder durch die Satzung noch durch den Aufsichtsrat herangezogen werden. Allein der Vorstand hat das Recht, ihr Fragen der Geschäftsführung zur Entscheidung zu unterbreiten (§ 103 Abs. 2). Wenn er von dieser Befugnis Gebrauch macht, so entäußert er sich damit seines Entscheidungsrechts. Der Beschluß der Hauptversammlung bindet und verpflichtet ihn, der Gesellschaft gegenüber die beschlossene Beschränkung seiner Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis einzuhalten (§ 74 Abs. 1).

In den Kreis der Geschäftsführung fällt auch die Feststellung des Jahresabschlusses. Auch sie ist der Hauptversammlung genommen worden. Die Feststellung ist aber dem Vorstand nicht allein übertragen worden, sondern es ist für sie eine Sonderregelung getroffen worden, über die an anderer Stelle[1] ausführlich berichtet wird.

Der Vorsitzer des Vorstands

In engem Zusammenhang mit der Geschäftsführung des Vorstands steht die Stellung des Vorsitzers des Vorstands. Entsprechend den bisherigen Bestimmungen kann der Vorstand aus einer oder mehreren Personen bestehen (§ 70 Abs. 2). Bei einem mehrgliedrigen Vorstand kann der Aufsichtsrat ein Vorstandsmitglied zum Vorsitzer des Vorstands ernennen (§ 75 Abs. 2). Ob der Aufsichtsrat von diesem Recht Gebrauch machen will, steht in seinem freien Belieben. Wenn er aber ein Mitglied zum Vorsitzer des Vorstands ernennt, so kann das für den inneren Bereich der Geschäftsführung der Gesellschaft von entscheidender Bedeutung sein. Die Geschäftsführungsbefugnis steht zwar nach wie vor dem Vorstand in seiner Gesamtheit zu. Der Vorsitzer des Vorstands wird nicht etwa der alleinige Geschäftsführer, und die übrigen Vorstandsmitglieder sind von der Geschäftsführung ausgeschlossen. Nach § 70 Abs. 2 entscheidet aber der Vorsitzer des Vorstands bei Meinungsverschiedenheiten im Vorstand. Bei ihm liegt daher, wenn im Vorstand keine Übereinstimmung über die Geschäftsführung zu erzielen ist, die Entscheidung. Dabei kann der Vorsitzer des Vorstands selbst gegen den Willen aller anderen Vorstandsmitglieder Stellung nehmen und eine Maßnahme der Geschäftsführung, die er für zweckentsprechend hält, durchsetzen.

Das alleinige Entscheidungsrecht steht einem Vorsitzer des Vorstands nur dann nicht zu, wenn die Satzung es ausschließt (§ 70 Abs. 2 Satz 2). Ein Aufsichtsrat, der aus geschäftlichen oder aus dekorativen Gründen einen Vorsitzer des Vorstands wünscht, muß sich daher in Zukunft vor der Ernennung desselben darüber klarwerden, ob er dem Vorsitzer die Befugnis des § 70 Abs. 2 Satz 2 einräumen will. Will er das nicht, so muß er entweder von der Ernennung absehen oder durch die Satzung das Entscheidungsrecht ausschließen lassen.

Eine anderweite Benennung eines Vorstandsmitglieds, die ihn aus dem Kreise der Vorstandsmitglieder hervorhebt, z. B. als Generaldirektor, räumt dem Betreffenden die Entscheidungsbefugnis nach § 70 Abs. 2 Satz 2 nicht ein. Für sie kommt es ausschlaggebend auf die Benennung als „Vorsitzer" oder „Vorsitzender des Vorstands" an.

Mit Rücksicht auf die große Bedeutung, die die Ernennung zum Vorsitzer des Vorstands für den inneren Bereich der Geschäftsführung hat, steht die alleinige Entscheidungsbefugnis nur einem nach Inkrafttreten des Aktiengesetzes ernannten Vorsitzer des Vorstands zu (§ 7 Abs. 1 EinfG.).

---

[1]) Vgl. den Aufsatz von GerAss. Hefermehl in diesem Heft S. 503.

Vertretungsbefugnis des Vorstands

Die Vertretungsbefugnis des Vorstands entspricht dem bisherigen Zustand. Grundsatz des Gesetzes ist wie bisher die Gesamtvertretung (§ 71 Abs. 2). Die Satzung und mit ihrer Ermächtigung auch der Aufsichtsrat können aber einzelne Vorstandsmitglieder allein oder in Gemeinschaft mit einem Prokuristen zur Vertretung der Gesellschaft berechtigen (§ 71 Abs. 3). Zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften kann der Vorstand selbst einzelne seiner Mitglieder ermächtigen (§ 71 Abs. 2 Satz 2).

Das Alleinvertretungsrecht kann namentlich für den Vorsitzer des Vorstands in Betracht kommen, damit er auch nach außen allein entsprechend seinem Entscheidungsrecht im Innenverhältnis handeln kann.

Ist einem Vorsitzer des Vorstands die alleinige Vertretungsbefugnis nicht eingeräumt, so bedarf er zur Durchführung seiner Entscheidungen, wenn sie Vertretungshandlungen nötig machen, der Mitwirkung der anderen Vorstandsmitglieder. Diese sind im Innenverhältnis ihm gegenüber zur Mitwirkung verpflichtet. Halten sie die vom Vorsitzer beschlossenen Maßnahmen nicht für zweckmäßig und glauben sie, die Vornahme nicht verantworten zu können, so bleibt ihnen nur die Wahl, den Aufsichtsrat zu verständigen.

Bestellung und Abberufung des Vorstands

Die **Bestellung** der Vorstandsmitglieder ist dem Aufsichtsrat übertragen (§ 75 Abs. 1 Satz 1). Damit folgt das Gesetz der bisherigen Übung der Praxis, die auf Grund des § 182 Abs. 2 Nr. 4 HGB. dem Aufsichtsrat die Bestellung des Vorstands übertrug.

Die Bestellung zum Vorstandsmitglied darf abweichend vom bisherigen Recht nur noch auf fünf Jahre erfolgen. Eine wiederholte Bestellung ist jedoch zulässig (§ 75 Abs. 1 Satz 1 und 2). Die Bestellung ist aus zwei Gründen zeitlich begrenzt worden. Einmal sollen schwere Belastungen der Gesellschaft durch allzu langfristige Anstellungsverträge vermieden werden. Außerdem fordert die selbständigere Stellung des Vorstands ein Gegengewicht. Die Gesellschaft soll nicht dauernd an ein Vorstandsmitglied gebunden sein; nach Ablauf von fünf Jahren soll sie frei entscheiden können, ob das betreffende Mitglied noch zur Leitung der Gesellschaft geeignet ist. Zugleich wird dadurch erreicht, daß sich das Vorstandsmitglied seine Wiederbestellung durch seine Leistung für die Gesellschaft verdienen muß.

Die Frist von fünf Jahren gilt auch für den Anstellungsvertrag. Das schließt nicht aus, daß der Anstellungsvertrag für das Vorstandsmitglied nach dessen Ausscheiden bei nicht erfolgter Wiederbestellung ein Ruhegehalt oder ein Übergangsgeld vorsieht. Die nach Ablauf des Vertrags zu zahlenden Bezüge dürfen nur nicht so hoch sein, daß sie die Gesellschaft in ihrer Entscheidung, ob das Vorstandsmitglied wieder bestellt werden soll, unbillig beschränken.

§ 75 Abs. 1 Satz 1 gilt auch für die beim Inkrafttreten des Aktiengesetzes im Amt befindlichen Vorstandsmitglieder, jedoch beginnt für sie die Frist erst mit diesem Zeitpunkt (§ 7 Abs. 2 EinfG.). Ihre Bestellung endet daher spätestens am 30. Sept. 1942. Ein Vorstandsmitglied, dessen Anstellungsvertrag sich über diesen Zeitpunkt erstreckt, hat das Recht, den Vertrag auf den 1. April 1938 mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten zu kündigen (§ 7 Abs. 3 EinfG.). Er soll nicht gezwungen sein, seine Arbeitskraft der Gesellschaft noch fünf Jahre zur Verfügung zu stellen, wenn auf der anderen Seite die Gesellschaft nicht verpflichtet ist, ihn über diesen Zeitpunkt hinaus zu behalten.

Wenn der Vorstand der eigenverantwortliche Leiter der Aktiengesellschaft sein soll, so muß er in seinen Entscheidungen möglichst unabhängig gestellt sein. Es darf nicht möglich sein, daß er aus Sorge um eine evtl. **Abberufung** durch den Aufsichtsrat eine Geschäftsführungsmaßnahme, die er für geboten hält, unterläßt. § 75 Abs. 3 bestimmt deshalb, daß der Aufsichtsrat die Bestellung zum Vorstandsmitglied nur widerrufen kann, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Das gleiche gilt für die Bestellung zum Vorsitzer des Vorstands.

Entsprechend der Handhabung in anderen Gesetzen hat das Aktiengesetz von einer näheren Umreißung des Begriffs „wichtiger Grund" abgesehen. Es zählt nur als Beispiele grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur Geschäftsführung auf. Die Begründung nennt als weitere Beispiele das Mißtrauensvotum der Hauptversammlung und bei Unternehmen, die einer besonderen Aufsicht unterliegen, das Verlangen der Aufsichtsbehörde. In beiden Fällen fehlt es an der unbedingt nötigen vertrauensvollen Zusammenarbeit, deren Störung immer ein wichtiger Grund zur Abberufung sein wird. Im übrigen wird die Rechtsprechung in bewährter Weise feste Grundsätze für das Vorliegen eines wichtigen Grundes entwickeln.

Da der Widerruf nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes zulässig ist und es zweifelhaft sein kann, ob ein solcher gegeben ist, sieht § 75 Abs. 3 Satz 4 zur Beseitigung eines unerträglichen Schwebezustands vor, daß der Widerruf wirksam ist, solange nicht über seine Unwirksamkeit rechtskräftig entschieden ist. Der Widerruf wird daher zunächst als gültig angesehen. Wird rechtskräftig festgestellt, daß ein wichtiger Grund zur Abberufung nicht vorlag, so erlangt das abberufene Vorstandsmitglied mit der Rechtskraft des Urteils wieder die Rechtsstellung eines Vorstandsmitglieds. In dieser Regelung liegen Konfliktsmöglichkeiten, da es unerwünscht sein kann, daß ein Vorstandsmitglied nach langer Zeit wieder in sein Amt zurückkehrt. Sie müssen aber in Kauf genommen werden, da eine jederzeitige Abberufung des Vorstands seine gesteigerte Stellung als unabhängigen Leiter der Gesellschaft illusorisch machen würde.

Die Ersatzbestellung von Vorstandsmitgliedern durch das Gericht bei Fehlen der zur Vertretung der Gesellschaft erforderlichen Zahl von Mitgliedern erfolgte bisher auf Grund des § 29 BGB. Nunmehr sieht das Aktiengesetz sie in § 76 ausdrücklich vor.

Bezüge der Vorstandsmitglieder

Eine völlige Neuregelung bringt das Aktiengesetz hinsichtlich der Vergütung der Vorstandsmitglieder. Das Handelsgesetzbuch überließ die Höhe der Bezüge dem freien Ermessen des Aufsichtsrats bzw. der Hauptversammlung. Nur für den Fall, daß dem Vorstandsmitglied eine Beteiligung am Jahresgewinn gewährt wurde, bestimmte es, daß der Anteil von dem nach Vornahme sämtlicher Abschreibungen und Rücklagen verbleibenden Reingewinn zu berechnen ist. Das Aktiengesetz beschränkt demgegenüber die bisherige Vertragsfreiheit erheblich. Es stellt Grundsätze für die Bezüge der Vorstandsmitglieder auf; es regelt die Gewinnbeteiligung unter völlig neuen Gesichtspunkten. Solche Vorschriften waren nötig, um die teilweise recht hohen Bezüge der Vorstandsmitglieder der heutigen Volksauffassung entsprechend zu kürzen.

Nach § 78 Abs. 1 hat der Aufsichtsrat dafür zu sorgen, daß die Gesamtbezüge der Vorstandsmitglieder in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben des einzelnen Vorstandsmitglieds und zur Lage der Gesellschaft stehen. Unter den Begriff „Gesamtbezüge" fällt jede Art der Gegenleistung für die Dienste des Vorstandsmitglieds, nicht nur das Gehalt, die Gewinnbeteiligung und die Aufwandsentschädigung, sondern auch Versicherungsentgelte, die die Gesellschaft für ihn zahlt, Provisionen, die er für einzelne Geschäfte sich bedungen hat, und Nebenleistungen sonstiger Art, z. B. eine Dienstwohnung. Unter Lage der Gesellschaft ist in erster Linie ihre Vermögenslage zu verstehen. Daraus folgt aber nicht, daß bei einem Unternehmen, dem es finanziell schlecht geht, nicht relativ hohe Gehälter gezahlt werden dürfen. Es kann nötig sein, daß einem Vorstandsmitglied, das bestellt worden ist, um die Gesellschaft durch seine Fähigkeiten zu sanieren, relativ hohe Bezüge gezahlt werden, um ihn zur Übernahme des Amts zu veranlassen. Diese Bezüge sind, wenn sie sonst angemessen sind, durch die Aufgaben des Mitglieds und durch die besondere Lage der Gesellschaft gerechtfertigt. Was im einzelnen angemessen ist, bestimmt sich nach der Verkehrssitte und dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden. Sorgt der Aufsichtsrat nicht für die Einhaltung der Grund-

sätze, so macht er sich schadenersatzpflichtig. § 78 gilt auch, wenn ausnahmsweise die Hauptversammlung die Bezüge der Vorstandsmitglieder festsetzen sollte. Auch dann ist es Aufgabe des Aufsichtsrats, für ihre Angemessenheit zu sorgen. Der gleichen Regelung unterliegen die Ruhegehälter, Hinterbliebenenbezüge und Leistungen verwandter Art, z. B. Übergangsgelder.

Das Gesetz begnügt sich aber nicht damit, daß die Gesamtbezüge bei ihrer Festsetzung nicht unangemessen sind, sondern es verlangt, daß sie auch später der Sachlage entsprechen. Es verläßt damit den Grundsatz, daß Verträge unter allen Umständen nach dem Buchstaben zu erfüllen sind, und es setzt an die Stelle dieses starren Prinzips die Berücksichtigung von Treu und Glauben. Verschlechtern sich die Verhältnisse der Gesellschaft so wesentlich, daß die Weitergewährung der Bezüge eine schwere Unbilligkeit für die Gesellschaft sein würde, so ist der Aufsichtsrat zu einer angemessenen Herabsetzung berechtigt (§ 78 Abs. 2). Die Vorschrift entspricht in ihrer Auffassung von der Verbundenheit von Vorstand und Gefolgschaft dem nationalsozialistischen Grundsatz „Gemeinnutz geht vor Eigennutz". Da der Aufsichtsrat berufen ist, die Belange der Gesellschaft zu wahren, muß angenommen werden, daß der Berechtigung zur Herabsetzung eine Pflicht zu ihrer Vornahme gegenübersteht. Nach pflichtmäßigem Ermessen muß der Aufsichtsrat entscheiden, ob er von seinem Recht Gebrauch machen kann und muß.

Ohne eine solche ausdrückliche gesetzliche Bestimmung hat das Reichsgericht bereits die Herabsetzung übermäßig hoher Bezüge bei veränderter Wirtschaftslage zugelassen (RGZ. 148, 81 = JW. 1935, 2877[1] m. Anm.). Die vom Reichsgericht entwickelten Grundsätze werden bei der Handhabung der neuen Bestimmung eine wichtige Stütze bieten.

§ 78 Abs. 2 besagt nicht eindeutig, ob die Herabsetzung eine dauernde ist oder ob sie nur so lange verlangt werden kann, wie die schlechte Lage der Gesellschaft dauert. Das Reichsgericht hat in seiner Entscheidung nur eine begrenzte Dauer angenommen. Nach dem Wortlaut der Bestimmung dürfte das Vorstandsmitglied aber nach Änderung der wirtschaftlichen Lage keinen Anspruch auf Heraufsetzung der Bezüge auf die alte Höhe haben. Der Aufsichtsrat kann aber die Herabsetzung jederzeit aufheben.

Bei seiner Regelung hat das Gesetz nicht einseitig die Belange der Gesellschaft berücksichtigt; es hat auch der Vorstandsmitglieder gedacht, die in aller Regel aus ihrer Tätigkeit ihren Unterhalt ziehen. Ein Vorstandsmitglied, dessen Bezüge herabgesetzt werden, kann den Anstellungsvertrag für den Schluß des nächsten Kalendervierteljahrs mit einer Kündigungsfrist von sechs Wochen kündigen (§ 78 Abs. 2 Satz 2).

Dem gemeinen Wohl, namentlich der Gefolgschaft und der Gläubiger, dient auch die Vorschrift des § 78 Abs. 3. Im Konkurs soll die Gesellschaft nicht verpflichtet sein, dem Vorstandsmitglied, dem vom Konkursverwalter gekündigt wird, unbefristet Schadenersatz für die Aufhebung des Dienstverhältnisses zu leisten. Die Ersatzpflicht beschränkt sich auf zwei Jahre seit dem Ablauf des Dienstverhältnisses.

Gewinnbeteiligung

Den Vorstandsmitgliedern kann für ihre Tätigkeit eine Beteiligung am Gewinn gewährt werden. Die Beteiligung unterliegt aber verschiedenen Einschränkungen.

Während § 237 HGB. jede Art der Gewinnbeteiligung für zulässig erklärte, fordert § 77 Abs. 1, daß sie in der Regel in einem Anteil am Jahresgewinn bestehen soll. Diese Art der Beteiligung ist allein gerecht und billig, da sie von dem gesamten Geschäftsergebnis des Jahres abhängig ist. Jede andere Art der Beteiligung zerteilt das Gesamtgeschäftsergebnis in einzelne Geschäfte und gewährt eine Beteiligung unabhängig davon, ob im ganzen gesehen ein Gewinn erzielt worden ist. Sie ist damit ungerechtfertigt. Die Vorstandsmitglieder sind für das Gesamtunternehmen verantwortlich, selbst wenn sie nur einen Geschäftszweig verwalten. Dementsprechend können sie auch nur am Jahresgewinn des Gesamtunternehmens beteiligt sein. Gewinnanteile nach dem Ergebnis eines Geschäftszweigs oder nach der Höhe des Umsatzes sollen daher grundsätzlich nicht mehr gewährt werden.

Für den Anteil am Jahresgewinn stellt § 77 Abs. 2 zwingende Berechnungsvorschriften auf. Der Begriff des Reingewinns entspricht dem bei der Feststellung des Jahresabschlusses. Reingewinn ist der Überschuß der Vermögensposten über die Schuldenposten, der sich nach Vornahme der Abschreibungen, Wertberichtigungen, Rücklagen und Rückstellungen ergibt (§ 131 Abs. 2 und 3). Bevor von dem Gewinn der Anteil der Vorstandsmitglieder berechnet wird, sind daher diese Posten abzusetzen.

Die Absetzung sämtlicher Abschreibungen und Rücklagen sah auch § 237 HGB. bereits vor. Da in dieser Bestimmung unter den Begriff Abschreibungen auch die Wertberichtigungen fielen und die Rückstellungen als Rücklagen behandelt wurden, ist insoweit eine Änderung gegenüber dem bisherigen Recht nicht eingetreten. Nunmehr ist aber auch der Teil des Gewinns, der durch die Auflösung von Rücklagen entstanden ist, abzusetzen. Dieser Betrag wurde bisher, da er den Gewinn vermehrte, als tantiemepflichtig angesehen. Insoweit bedeutet § 77 Abs. 2 daher eine Einschränkung der Gewinnbeteiligung.

Die Regelung ist Gegenstand lebhafter Erörterung gewesen. Sie dürfte aber innerlich gerechtfertigt sein. Beträge des „Reingewinns", die zur Vornahme von Abschreibungen, Wertberichtigungen, Rücklagen und Rückstellungen verwandt werden, sind kein Gewinn, der im Geschäftsjahr verdient worden ist. Desgleichen ist der Teil des Gewinns, der durch die Auflösung von Rücklagen erzielt wird, nicht im laufenden Geschäftsjahr verdient worden, sondern er stammt aus dem Geschäftsergebnis früherer Jahre. Das einzige Bedenken, das erhoben werden könnte, ist, daß ein vorsichtiger Vorstand, der zunächst eine freie Rücklage gebildet hatte, sie aber später, da sie nicht nötig wurde, auflöst, dadurch um den Anteil an dem, wie nunmehr feststeht, tatsächlich von ihm verdienten Gewinn kommt. Für diesen Fall einer vorsichtigen Geschäftspolitik kann der Aufsichtsrat, wenn es die Billigkeit verlangt, es zulassen, daß der Teil des Reingewinns, der zur Bildung freier Rücklagen verwandt werden soll, nicht abgesetzt wird; bei dem Gewinnvortrag wird es meist der Billigkeit entsprechen, daß er nicht abgesetzt wird (§ 77 Abs. 2 Satz 2). Damit dürfte auch die Gefahr, daß ein Vorstand zweckmäßige Rücklagen nicht bildet, um seinen Gewinnanteil nicht zu schmälern, ausgeschaltet sein.

§ 77 Abs. 3 enthält eine sozialrechtliche Einschränkung der Gewinnbeteiligung. Sie zeigt am klarsten die veränderte Wirtschaftsauffassung des Nationalsozialismus. Nicht nur der Vorstand soll an dem von ihm erzielten Reingewinn beteiligt sein, sondern auch die Gefolgschaft soll ihren Anteil erhalten; auch sie hat zur Erzielung des Reingewinns beigetragen. Die Gewinnbeteiligung des Vorstands und des Aufsichtsrats soll daher in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufwendungen zugunsten der Gefolgschaft oder von Einrichtungen, die dem gemeinen Wohl dienen, stehen. Unter Aufwendungen zugunsten der Gefolgschaft sind nicht Löhne, Gehälter und soziale Abgaben zu verstehen, sondern nur freiwillige Leistungen der Gesellschaft an die Gefolgschaft oder an allgemeine Einrichtungen, Zuwendungen an Pensionskassen und für KdF.-Reisen, freiwillig gezahlte Weihnachtsgelder, der Bau von Erholungsheimen sowie sanitärer Einrichtungen im Betrieb fallen hierunter ebenso wie Leistungen an das Winterhilfswerk, an die Adolf-Hitler-Spende oder an die Unfallversorgung. Ein Prozentsatz für das Verhältnis ist nicht festgesetzt worden. Dafür sind die Verhältnisse der einzelnen Gesellschaften zu verschieden, je nachdem, ob sie kapital- oder lohnintensiv sind. Das Gesetz begnügt sich mit der Forderung der Angemessenheit. Was angemessen ist, richtet sich nach der gesunden Volksanschauung unter Berücksichtigung der Aufgaben und der Leistungen der Verwaltungsträger einerseits und der Art und der Lage des Unternehmens andererseits.

Die Einhaltung dieser sozialrechtlichen Vorschrift kann, was hoffentlich nicht nötig sein wird, die Staatsanwaltschaft

im Klagewege erzwingen (§ 77 Abs. 3 Satz 3). Die näheren Vorschriften fehlen noch; es wird zu prüfen sein, ob nur ein Verbot der Ausschüttung erfolgen soll oder ob im Klagewege das gegenseitige Verhältnis festgesetzt werden kann.

Den Vorstandsmitgliedern darf wie bisher nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats Kredit gewährt werden (§ 80). Neu ist, daß die gleiche Einschränkung auch für leitende Angestellte gilt, um Umgehungen zu unterbinden.

Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder

Die geänderte Stellung des Vorstands hat auch eine Änderung seiner Verantwortlichkeit mit sich gebracht. Da einer gehobeneren Stellung eine gesteigerte Verantwortung entspricht, sind die Sorgfaltspflicht und die Verantwortlichkeit verschärft worden.

Bisher hatte der Vorstand die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsmanns anzuwenden. Da der Vorstand nunmehr unter eigener Verantwortung die Gesellschaft zu leiten hat und er der Verwalter fremden Kapitals ist, schreibt § 84 Abs. 1 vor, daß er die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden hat. Das ist nicht nur eine veränderte Fassung, sondern hat auch materiellen Gehalt. Den Verwalter fremden Kapitals treffen erhöhte Sorgfaltspflichten.

Verletzt ein Vorstandsmitglied die ihm obliegende Sorgfalt, so ist es der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet (§ 84 Abs. 2). Damit hat das Gesetz an dem Grundsatz der Verschuldenshaftung festgehalten und die Erfolgshaftung, die die Entschlußfreudigkeit der Vorstandsmitglieder hemmen würde, abgelehnt. In Übereinstimmung mit den von der Rechtsprechung bereits für das bisherige Recht entwickelten Grundsätzen muß das Vorstandsmitglied nachweisen, daß er nicht schuldhaft gehandelt hat (§ 84 Abs. 2 Satz 2). Für die Klägerin genügt der Nachweis, daß durch eine Handlung des Vorstands ein Schaden entstanden ist. Die Beweislastregelung beruht auf der Erwägung, daß der Vorstand in einem Dienstverhältnis zur Gesellschaft steht und die Erfüllung seiner Pflichten aus dem Dienstvertrage nachweisen muß.

Die Ersatzpflicht besteht gegenüber der Gesellschaft und auch gegenüber ihren Gläubigern, soweit diese von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können. Den Gläubigern gegenüber besteht jedoch bei anderen als den in § 84 Abs. 3 aufgeführten Pflichtverletzungen ein Ersatzanspruch nur dann, wenn das Vorstandsmitglied seine Sorgfaltspflicht gröblich verletzt hat (§ 84 Abs. 5 Satz 2). Diese Einschränkung ist bei einer unmittelbaren Haftung der Vorstandsmitglieder gegenüber den Gläubigern nötig, um ihre Verantwortlichkeit nicht zu weit auszudehnen und sie bei der täglichen Geschäftsführung nicht ungebührlich zu belasten.

Im Gegensatz zum bisherigen Recht ist eingehend geregelt worden, unter welchen Voraussetzungen die Ersatzpflicht gegenüber der Gesellschaft oder den Gläubigern nicht eintritt oder wegfällt.

Sie tritt gegenüber der Gesellschaft nicht ein, wenn die Handlung auf einem gesetzmäßigen Beschluß der Hauptversammlung beruht (§ 84 Abs. 4 Satz 1). Ein gesetzmäßiger Beschluß liegt nur vor, wenn der Beschluß weder nichtig noch anfechtbar war. Ist der Beschluß nichtig, so kann der Vorstand ihn ohnehin unberücksichtigt lassen. War der Beschluß anfechtbar, so war es Pflicht des Vorstands, ihn anzufechten. Die Anfechtungsbefugnis steht ihm nach § 198 Abs. 1 Nr. 4 und 5 zu. Macht er davon keinen Gebrauch, so kann ihn der anfechtbare Beschluß auch nicht entlasten. Die Regelung des Aktiengesetzes weicht damit von den bisherigen Vorschriften ab. Sie ist gerechtfertigt, da die Hauptversammlung in die Geschäftsführung des Vorstands grundsätzlich nicht mehr eingreifen kann. Eine den Vorstand bindende Beschlußfassung ist nur möglich, wenn der Vorstand nach § 103 Abs. 2 an die Hauptversammlung herangetreten ist. In diesem Fall kann ihm auch zugemutet werden, einen anfechtbaren Beschluß anzufechten.

Gegenüber den Gläubigern kann sich das Vorstandsmitglied auch nicht auf einen gesetzmäßigen Beschluß der Hauptversammlung berufen (§ 84 Abs. 5 Satz 3). Das entspricht dem bisherigen § 241 Abs. 4 HGB.

Nur eine selbstverständliche Folge seiner gehobenen Stellung ist es, daß der Vorstand sich niemals darauf berufen kann, daß der Aufsichtsrat die Handlung gebilligt hat. Dieser kann ihn nicht mehr mit Weisungen versehen; die Ersatzpflicht kann daher auch nicht durch dessen Billigung ausgeschlossen werden (§ 84 Abs. 4 Satz 2, Abs. 5 Satz 3).

Verzichte und Vergleiche der Gesellschaft über Ersatzansprüche sind im Interesse der Minderheitsaktionäre weitgehend erschwert worden (§ 84 Abs. 4 Satz 2). Den Gläubigern gegenüber sind sie überhaupt unwirksam.

II. Der Aufsichtsrat

Die Aufgaben und Rechte des Aufsichtsrats sind im wesentlichen bereits beim Vorstand behandelt worden. Aufgabe des Aufsichtsrats ist es, die Geschäftsführung zu überwachen (§ 95 Abs. 1). Von der Geschäftsführung ist er ausgeschlossen; nur im Einzelfall kommt seine Zustimmung zu Geschäftsführungsmaßnahmen in Betracht. Über seine Rechte bei der Feststellung des Jahresabschlusses wird an anderer Stelle das Erforderliche gesagt.

Zusammensetzung des Aufsichtsrats

Die veränderte Stellung des Aufsichtsrats als reines Überwachungsorgan hat zu Rückwirkungen auf seine Zusammensetzung geführt. Zur Überwachung genügt ein kleiner Aufsichtsrat; ein vielköpfiger kann sich für diese Aufgabe nur nachteilig auswirken. Das Aktiengesetz geht daher auf dem schon in der Aktienrechtsnovelle beschrittenen Weg der Verkleinerung des Aufsichtsrats einen Schritt weiter. Die Höchstzahl der Aufsichtsratsmitglieder für eine Gesellschaft und der Aufsichtsratssitze einer Person ist weiter herabgesetzt worden.

Die Höchstzahl der Aufsichtsratsmitglieder ist entsprechend dem Grundkapital gestaffelt worden. Sie liegt zwischen 7 und 20 (§ 86 Abs. 1). Da das Grundkapital nicht unbedingt einen sicheren Maßstab für den Umfang der Gesellschaft bildet, kann der Reichswirtschaftsminister im Einvernehmen mit dem Reichsminister der Justiz und den sonst beteiligten Reichsministern Ausnahmen zulassen, wenn das Wohl der Gesellschaft oder gesamtwirtschaftliche Belange es fordern.

Von einer noch weitergehenden Verkleinerung des Aufsichtsrats auf höchstens neun Personen, die vorgeschlagen worden ist, hat das Gesetz abgesehen. Für die reine Überwachungstätigkeit hätte diese Höchstzahl allerdings genügt. Der Aufsichtsrat dient aber auch der Erhaltung geschäftlicher Beziehungen und Verbindungen. Diese Nebenaufgabe durfte das Gesetz nicht unberücksichtigt lassen, wenn es nicht Gefahr laufen wollte, von der Praxis sofort durch Schaffung von Beiräten oder sonstigen unverantwortlichen Organen umgangen zu werden.

Die Zahl der Aufsichtsratssitze in einer Hand ist auf zehn herabgesetzt worden. Soweit es zur ausreichenden Wahrnehmung wirtschaftlicher Belange des Reichs, von Ländern, Gemeindeverbänden oder Gemeinden oder von Wirtschaftsunternehmen nötig erscheint, kann der Reichsminister der Justiz im Einvernehmen mit den beteiligten Reichsministern abweichende Vorschriften und Anordnungen treffen (§ 86 Abs. 2). Auch dieser Herabsetzung liegt der Gedanke zugrunde, daß ein Aufsichtsratsmitglied, das wirklich seine Aufgabe der Überwachung erfüllen will und das noch einen selbständigen Beruf hat, nicht gut mehr als zehn Gesellschaften tatsächlich überwachen kann. Außerdem ist es unerwünscht, daß einzelne Personen durch eine Häufung von Aufsichtsratssitzen in ihrer Hand erhebliche Bezüge aus dieser Tätigkeit erhalten. Wie die Begründung ankündigt, soll deshalb gegen die Zusammenfassung von Aufsichtsratssitzen in einer Hand auch durch erhöhte Steuerabgaben vorgegangen werden.

Die Wahl und Abberufung der Aufsichtsratsmitglieder sind wie bisher geregelt. Ihre Vergütung, Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit ist ähnlich wie bei den Vorstandsmitgliedern geregelt worden (§§ 98, 99).

Entsendung von Mitgliedern in den Aufsichtsrat

In der Praxis liegen der Wahl der Aufsichtsratsmitglieder durch die Hauptversammlung regelmäßig Wahlvereinbarungen zwischen den Aktionären zugrunde. Sie sind gültig, sofern sie nicht im Einzelfall gegen § 138 BGB. verstoßen. Es ist aber auch nicht selten, daß ein Aktionär, der an einer Gesellschaft in hohem Maße interessiert ist, eine Vertretung im Aufsichtsrat wünscht, obwohl er sie nach seiner Kapitalbeteiligung nicht beanspruchen kann. Oft wurden, um das Recht des Aktionärs auf Vertretung sicherzustellen, Vereinbarungen mit der Gesellschaft getroffen. Die Rechtsgültigkeit dieser Vereinbarungen war zweifelhaft. Durch die Satzung konnte jedenfalls bisher einem einzelnen Aktionär das Recht auf Vertretung im Aufsichtsrat nicht zugesichert werden. Eine solche Bestimmung hätte gegen den Grundsatz der freien Wahl der Aufsichtsratsmitglieder verstoßen. Da in der Praxis jedoch ein unverkennbares Bedürfnis dafür besteht, daß unter gewissen Umständen einem Aktionär eine Vertretung im Aufsichtsrat zusteht, gestattet das neue Aktiengesetz die Entsendung von Mitgliedern in den Aufsichtsrat. Die Satzung kann bestimmten Aktionären oder den jeweiligen Inhabern bestimmter Aktien das Recht auf Entsendung einräumen (§ 88 Abs. 1). Um ein Eindringen anonymer Mächte zu verhindern, müssen die Aktien auf den Namen lauten, und ihre Übertragung muß an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden sein (§ 88 Abs. 2). Die Gesamtzahl der entsandten Mitglieder darf den dritten Teil aller Aufsichtsratsmitglieder nicht übersteigen. Der Charakter des Aufsichtsrats als eines Vertrauensorgans aller Aktionäre soll durch die entsandten Mitglieder nicht beseitigt werden.

Aus dem Entsendungsrecht des Aktionärs folgt, daß er das entsandte Mitglied jederzeit abberufen oder durch einen anderen ersetzen kann. Die Hauptversammlung kann das Mitglied abberufen, wenn die satzungsmäßigen Voraussetzungen für seine Entsendung weggefallen sind (§ 88 Abs. 4). Ein sonstiges Abberufungsrecht hat die Hauptversammlung nicht. Da es aber vorkommen kann, daß das entsandte Mitglied aus einem in seiner Person liegenden Grund für die Gesellschaft untragbar ist, ist vorgesehen, daß bei Vorliegen eines wichtigen Grundes auf Antrag einer Minderheit das Gericht das Mitglied abberufen kann (§ 88 Abs. 4 Satz 2).

Das Entsendungsrecht wird namentlich für gemischt- und gemeinwirtschaftliche Unternehmen von Bedeutung sein, ferner wenn ein Aktionär, um die Gesellschaft zu sanieren, ihr erhebliche Darlehen gegeben hat und sich eine Kontrolle sichern will.

Innere Ordnung des Aufsichtsrats

Die innere Ordnung des Aufsichtsrats war bisher seiner freien Gestaltung überlassen. Nunmehr regelt § 92 einige wichtige Punkte von Gesetzes wegen.

Der Aufsichtsrat muß einen Vorsitzer und mindestens einen Stellvertreter haben. Entscheidende Befugnisse stehen dem Vorsitzer im allgemeinen nicht zu. Er hat nur die Aufgaben, die üblicherweise ein Vorsitzer eines Kollegiums hat, d. h. die Einberufung und die Leitung der Sitzungen, die Vorbereitung und die Ausführung der Beschlüsse. Außerdem weist ihm das Gesetz einige Einzelbefugnisse zu. Sie bestehen hauptsächlich in der Mitwirkung bei Anmeldungen.

Die Verhandlungen und Beschlüsse des Aufsichtsrats sollen in eine Niederschrift aufgenommen werden, die der Vorsitzer oder sein Stellvertreter zu unterzeichnen hat (§ 92 Abs. 2). Die Art und die Form der Beschlußfassung sind dem Aufsichtsrat freigestellt. Schriftliche Abstimmungen sind jedoch nur zulässig, wenn kein Mitglied diesem Verfahren widerspricht (Abs. 3).

Die Vielköpfigkeit des Aufsichtsrats hatte in der Vergangenheit dazu geführt, daß der Aufsichtsrat aus seiner Mitte für einzelne Aufgaben Ausschüsse bestellte. Die darin liegende Entwicklung war nicht unbedenklich. Es bestand die Gefahr, daß sich der Aufsichtsrat in einzelne Ausschüsse auflöste, während nach der Absicht des Gesetzgebers die handelsrechtlichen Mindestbefugnisse und -pflichten (RG.: JW. 1912, 1144) dem Aufsichtsrat als Ganzem zustehen sollte. Auf der anderen Seite hatten die Ausschüsse eine gewisse innere Berechtigung; sie erleichterten die Aufgabe des Aufsichtsrats. Das Aktiengesetz läßt ihre Bildung zu (§ 92 Abs. 4). Es hält jedoch eine Beschränkung ihrer Aufgaben für wünschenswert. Sie sollen namentlich zu dem Zweck, Verhandlungen und Beschlüsse vorzubereiten oder die Ausführung der Beschlüsse zu überwachen, gebildet werden. Die Übertragung entscheidender Befugnisse an den Ausschuß ist aber nicht verboten. Sie kann daher in bestimmtem Umfang auch weiterhin erfolgen, soweit dadurch nicht die handelsrechtlichen Mindestbefugnisse und Pflichten der übrigen Aufsichtsratsmitglieder unzulässig beschränkt werden.

Teilnahme an den Sitzungen des Aufsichtsrats und seiner Ausschüsse

Auch das Teilnahmerecht der Aufsichtsratsmitglieder an den Sitzungen war bisher der Regelung durch die Satzung oder den Aufsichtsrat überlassen. Es konnten infolgedessen auch Personen, die nicht zum Aufsichtsrat gehörten, an dessen Sitzungen teilnehmen. Da das Aktiengesetz aber mit aller Entschiedenheit die Verkleinerung des Aufsichtsrats durchsetzen will, würde es dieser Absicht widersprechen, wenn an der Sitzung Personen teilnehmen können, die nicht Aufsichtsratsmitglieder sind. Es könnte durch ihre Zulassung die beabsichtigte Beschränkung der Mitgliederzahl umgangen werden. An der Sitzung des Aufsichtsrats und seiner Ausschüsse sollen daher nur Mitglieder des Aufsichtsrats oder des Vorstands teilnehmen (§ 93 Abs. 1). Außer ihnen können Sachverständige und Auskunftspersonen zur Beratung über einzelne Gegenstände, also nicht allgemein, zugezogen werden. Das daneben bestehende gesetzliche Teilnahmerecht anderer Personen wird hierdurch nicht berührt (vgl. § 34 Nr. b KWG.; § 110 KohlenWiG.).

Jedes Mitglied des Aufsichtsrats ist teilnahmeberechtigt an den Sitzungen des Gesamtaufsichtsrats und der Ausschüsse, deren Mitglied es ist. Die Teilnahme an diesen Sitzungen kann ihm weder durch die Satzung noch durch den Aufsichtsrat entzogen werden. Dagegen kann ein Aufsichtsratsmitglied von Sitzungen eines Ausschusses, dem es nicht angehört, durch die Satzung oder durch eine Bestimmung des Vorsitzers des Aufsichtsrats ausgeschlossen werden (§ 93 Abs. 2). Diese Einschränkung des Teilnahmerechts erschien dringend geboten, um die Geheimhaltung bestimmter Vorgänge im Interesse der Gesellschaft oder der staatlichen Belange zu sichern. Das Gesetz folgt damit nur einer in der Praxis bestehenden Handhabung. Aufsichtsratsmitglieder, die nicht zum Ausschuß gehören, haben auch keinen Anspruch auf Benachrichtigung von der Ausschußsitzung.

Personen, die zum Aufsichtsratsmitglied gewählt werden, nehmen in der Regel in der Wirtschaft oder in der öffentlichen Verwaltung leitende Stellungen ein. Es ist daher nicht selten, daß sie durch anderweite Dienstgeschäfte an der Teilnahme an einer Aufsichtsratssitzung verhindert sind. Sie mußten dann bisher in der Sitzung unvertreten bleiben, und es konnte eine Maßnahme beschlossen werden, ohne daß sie zu Gehör kamen. Diesem Mangel will § 93 Abs. 3 abhelfen. Die Satzung kann nunmehr zulassen, daß für an der Teilnahme verhinderte Aufsichtsratsmitglieder andere Personen an der Sitzung teilnehmen. Sie müssen mit einer schriftlichen Ermächtigung versehen sein. Sie können in der Sitzung das Wort ergreifen; bei einer Abstimmung können sie zwar nicht selbst abstimmen, aber einen Stimmzettel des verhinderten Aufsichtsratsmitglieds überreichen. Die zur Teilnahme ermächtigten Personen sind nicht Vertreter des verhinderten

Mitglieds, denn die Aufsichtsratsmitglieder können ihre Obliegenheiten nicht durch andere ausüben lassen (§ 95 Abs. 6). Sie sind nur sein Sprachrohr und für die Abstimmung sein Bote. Selbstverständlich kann die Satzung bei der Zulassung dieser Personen nähere Bestimmungen treffen, damit nicht der Gesellschaft unerwünschte Personen an den Sitzungen teilnehmen.

Namensangabe

Eine Vorschrift gegen die Anonymität der Leitung der Aktiengesellschaft enthält § 100. Auf allen Geschäftsbriefen müssen die sämtlichen Vorstandsmitglieder und der Vorsitzer des Aufsichtsrats mit dem Familiennamen und mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen angegeben werden. Da die Vorschrift auf den ersten Blick sehr weit zu gehen scheint, sei festgestellt, daß sie hinter den ausländischen Vorbildern erheblich zurückbleibt. Das englische Recht (Art. 145 Companies Act von 1929) stellt sowohl was die zu machenden Angaben betrifft als auch was den Kreis der in Betracht kommenden Schriftstücke anlangt, bedeutend größere Anforderungen. Wenn in England eine weit umfangreichere Pflicht zur Namensangabe möglich ist, dürfte sie auch in Deutschland in begrenzterem Umfang praktisch durchführbar sein.

Auf die Vorschrift des § 101 kann hier, da sie wegen ihrer Bedeutung eine umfangreiche Darstellung fordert, nicht eingegangen werden.

Die Rechnungslegung im neuen Aktiengesetz

Von Gerichtsassessor Hefermehl im Reichsjustizministerium

Die Neuordnung der Rechnungslegung bildet ein Kernstück des neuen Aktiengesetzes. Die einschneidendste Änderung liegt auf dem Gebiet des Bilanzfeststellungsverfahrens, während die für den Inhalt, insbesondere für die Bewertung und Gliederung des Jahresabschlusses maßgeblichen Grundsätze im wesentlichen unverändert in das neue Aktienrecht übernommen sind.

Die Neuerung des Verfahrens zur Feststellung des Jahresabschlusses läßt sich kurz dahin zusammenfassen, daß für die Feststellung des Jahresabschlusses nicht mehr ausschließlich die Hauptversammlung berufen ist, sondern vielmehr grundsätzlich der Vorstand und nur unter gewissen Voraussetzungen an Stelle des Vorstands die Hauptversammlung. Für die Feststellung des Jahresabschlusses ist also entweder der Vorstand oder die Hauptversammlung der zuständige Verwaltungsträger. Für die Beschlußfassung über die Gewinnverteilung bleibt dagegen wie bisher ausschließlich die Hauptversammlung zuständig.

Die grundsätzliche Zuständigkeit des Vorstands zur Feststellung des Jahresabschlusses erklärt sich vor allem aus der Umgestaltung der Verfassung der Aktiengesellschaft. Die Geschäftsführung der Gesellschaft liegt jetzt ausschließlich beim Vorstand; die Hauptversammlung kann sich zur Entscheidung über Geschäftsführungsfragen aus eigener Machtvollkommenheit nicht mehr einschalten (§ 103 Abs. 2 AktG.). Um einen Akt der Geschäftsführung handelt es sich aber auch bei der Feststellung des Jahresabschlusses. Ein ordnungsmäßiger Jahresabschluß kann grundsätzlich nur von dem Verwaltungsträger aufgestellt werden, der auf Grund seines fachkundigen Einblicks in die Geschäfte und in den Stand der Gesellschaft hierzu fähig ist. Diese Eigenschaften kann aber nicht die Hauptversammlung, sondern nur die Verwaltung einer Gesellschaft besitzen. Schon bisher war in der Praxis bei vielen Gesellschaften die Bilanzfeststellung durch die Hauptversammlung zu einer bloßen Farce geworden, da diese in der Regel den vom Vorstand aufgestellten Jahresabschluß bestätigte. Bei anderen Gesellschaften wiederum stellte die Hauptversammlung Jahresabschlüsse fest, die in krassem Gegensatz zu den Vorschlägen der Verwaltung standen. Dies geschah jedoch nicht aus dem Grunde, weil die Aktionäre vermöge ihrer besseren Sachkunde von der Lage der Gesellschaft eine andere Bilanzfeststellung für richtig hielten, sondern ausschließlich unter dem Gesichtspunkt des eigenen Vorteils. Die Aktionäre trachteten danach, für sich eine möglichst hohe Dividende herauszuschlagen, wobei ihnen das Lebensschicksal der Gesellschaft gleichgültig blieb oder jedenfalls für sie nur eine sekundäre Rolle spielte. Tagesordnung der Hauptversammlung war nicht die Feststellung eines sachgerechten Jahresabschlusses, sondern die Austragung eines Machtkampfes zwischen der Verwaltung und den ichsüchtigen Aktionären. Der nationalsozialistische Staat hat diesem unwürdigen Zustand ein Ende bereitet, indem er grundsätzlich die Feststellung des Jahresabschlusses in die Hände des Vorstands gelegt hat. Zur Feststellung der Jahresbilanz gehört auch die Vornahme der Abschreibungen und Wertberichtigungen sowie die Bildung der nötigen Rücklagen und Rückstellungen. Der Hauptversammlung bleibt nur die Entscheidung über die Verteilung des vom Vorstand festgesetzten und damit als zugunsten der Aktionäre verfügbar erachteten Reingewinns. In dem Recht des Vorstands, die Reservenpolitik der Gesellschaft entscheidend zu leiten, liegt eine der wirtschaftspolitisch wichtigsten Neuerungen des Aktiengesetzes.

Die Feststellung des Jahresabschlusses durch den Vorstand mit Billigung des Aufsichtsrats stellt auch rechtsvergleichend gesehen kein aktienrechtliches Novum dar. In den nordamerikanischen Staaten ist der board of directors, bei dem ausschließlich die Verwaltung der Gesellschaft liegt, sogar der allein zuständige Verwaltungsträger für die Feststellung des Jahresabschlusses.

Im einzelnen stellt sich die Neuregelung des Bilanzfeststellungsverfahrens wie folgt dar:

I. Die Feststellung des Jahresabschlusses

Der Vorstand hat in den ersten drei Monaten des Geschäftsjahrs eine Frist, die satzungsmäßig bis auf fünf Monate erstreckt werden kann, den Jahresabschluß und den Geschäftsbericht für das vergangene Geschäftsjahr aufzustellen und dem Aufsichtsrat nebst einem Vorschlag für die Gewinnverteilung vorzulegen (§§ 125 Abs. 1, 126 Abs. 2, 127 Abs. 1 AktG.). Abweichend von der bisherigen Regelung schiebt sich bereits vor der Vorlage an den Aufsichtsrat die Prüfung des Jahresabschlusses und des Geschäftsberichts ein, da nach dem AktG. grundsätzlich eine Feststellung des Jahresabschlusses durch die Hauptversammlung nicht mehr stattfindet.

Der Aufsichtsrat hat sich gegenüber dem Vorstand innerhalb eines Monats nach der Vorlegung über den Jahresabschluß zu erklären (§ 125 Abs. 2 AktG.). Billigt der Aufsichtsrat den Jahresabschluß des Vorstands, so ist dieser mit der Abgabe der Billigungserklärung endgültig festgestellt (§ 125 Abs. 3 AktG.). Billigt der Aufsichtsrat den Jahresabschluß nicht, trägt jedoch der Vorstand den Bedenken des Aufsichtsrats Rechnung und legt dem Aufsichtsrat nach erneuter Prüfung einen geänderten Jahresabschluß vor, so ist dieser ebenfalls endgültig festgestellt, wenn der Aufsichtsrat seine Billigung erklärt. Lassen sich jedoch die Meinungsverschiedenheiten zwischen Vorstand und Aufsichtsrat nicht beheben und billigt der Aufsichtsrat den Jahresabschluß nicht, so ist die Hauptversammlung zur Entscheidung über den Jahresabschluß zuständig. Entscheiden sich Vorstand und Aufsichtsrat gemeinsam für eine Feststellung des Jahresabschlusses durch die Hauptversammlung, so wird durch einen solchen gemeinschaftlichen Entschluß gleich-

falls die Zuständigkeit der Hauptversammlung begründet. Dagegen genügt es *nicht*, daß nur der Vorstand die Entscheidung der Hauptversammlung über den Jahresabschluß für angezeigt hält. Der Vorstand, der die Gesellschaft zu leiten hat, soll sich nicht ohne weiteres einseitig seiner Verantwortung entledigen können. In einem solchen Falle hat es vielmehr der Aufsichtsrat in der Hand, entweder den aufgestellten Jahresabschluß durch Abgabe der Billigungserklärung zum endgültigen Jahresabschluß des Geschäftsjahrs zu erheben oder durch Einverständnis mit dem Verlangen des Vorstands die Zuständigkeit der Hauptversammlung zu begründen.

Die Regelung des Gesetzes läßt klar erkennen, daß ein satzungsmäßiger Ausschluß der Befugnis des Vorstands, mit Billigung des Aufsichtsrats den Jahresabschluß festzustellen, nicht möglich ist. Nur in *bestimmten* Fällen sieht das AktG. selbst die *ausschließliche* Zuständigkeit der Hauptversammlung zur Feststellung des Jahresabschlusses vor, nämlich für Jahresabschlüsse während der Abwicklung (§ 211 Abs. 2 AktG.) sowie für Jahresabschlüsse, in denen eine noch nicht wirksam gewordene Kapitalherabsetzung oder eine zugleich mit dieser vorgenommene Kapitalerhöhung rückwirkend als vollzogen berücksichtigt werden (§§ 188—191 AktG.). Da für Kapitalherabsetzungen und Kapitalerhöhungen stets die Hauptversammlung zuständig ist, würde in diesen Fällen der Verkopplung eine Feststellung des Jahresabschlusses durch den Vorstand unzweckmäßig sein. Stets wird der Jahresabschluß ferner von der Hauptversammlung bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien festgestellt (§ 228 AktG.).

Ist die Hauptversammlung zur Feststellung des Jahresabschlusses zuständig (§ 125 Abs. 4 AktG.), so hat der Vorstand unverzüglich die Hauptversammlung einzuberufen (vgl. auch § 303 Abs. 1 AktG.). Die Hauptversammlung hat in den ersten fünf Monaten des Geschäftsjahrs stattzufinden, eine Frist, die satzungsmäßig bis auf sieben Monate erstreckt werden kann (§ 125 Abs. 5 AktG.). Die Verhandlung über den Jahresabschluß soll mit den Verhandlungen über die Gewinnverteilung und die Entlastung verbunden werden (§ 125 Abs. 7 AktG.). Der Vorstand legt der Hauptversammlung den Geschäftsbericht, den von ihm aufgestellten Jahresabschluß und den Bericht des Aufsichtsrats (§ 96 AktG.) vor (§§ 125 Abs. 6, 127 Abs. 2 AktG.). Diese Vorlagen sind mindestens während der letzten zwei Wochen vor dem Tage der Hauptversammlung in dem Geschäftsraum der Gesellschaft zur Einsicht der Aktionäre auszulegen (§ 125 Abs. 6 Satz 1 AktG.). Auf Verlangen ist jedem Aktionär eine Abschrift der Vorlagen zu erteilen, und zwar spätestens zwei Wochen vor dem Tage der Versammlung oder, wenn die Teilnahme an der Versammlung von der Hinterlegung der Aktien abhängig ist, spätestens zwei Wochen vor dem Tage, bis zu dessen Ablauf die Aktien zu hinterlegen sind. Für die Beschlußfassung der Hauptversammlung über den Jahresabschluß gilt nichts Besonderes. Wie bisher ist einer Minderheit von $^1/_{10}$ des Grundkapitals die Möglichkeit gegeben, die Vertagung der Verhandlung über den Jahresabschluß zu verlangen (§ 125 Abs. 7 AktG.).

Während der von der Hauptversammlung festgestellte Jahresabschluß wie jeder Hauptversammlungsbeschluß bei einer Verletzung des Gesetzes oder der Satzung entweder anfechtbar oder nichtig sein kann (§§ 195 ff. AktG.), kann ein vom Vorstand mit Billigung des Aufsichtsrats festgestellter Jahresabschluß nicht in diesem weiten Umfange angegriffen werden. Denn da die Geschäftsführung beim Vorstand liegt und der Entscheidung der Hauptversammlung entzogen ist, würde es diesem Prinzip widersprechen, wenn die Gültigkeit eines vom Vorstand festgestellten Jahresabschlusses bei jeder Gesetzes- oder Satzungsverletzung von den Aktionären in Frage gestellt werden könnte. Das AktG. hat daher eine *Anfechtung* der vom Vorstand vorgenommenen Feststellung überhaupt *ausgeschlossen*. Nur bei ganz schweren Verstößen, zu denen stets das Fehlen der Abschlußprüfung gehört (vgl. V) tritt die Nichtigkeit des Jahresabschlusses ein. Gemäß § 202 AktG. ist ein Jahresabschluß *nur dann nichtig*, wenn der Vorstand oder der Aufsichtsrat bei seiner Feststellung nicht ordnungsmäßig mitgewirkt haben, wenn er mit dem Wesen der Aktiengesellschaft unvereinbar ist oder durch seinen Inhalt Vorschriften verletzt, die ausschließlich oder überwiegend zum Schutze der Gläubiger der Gesellschaft oder sonst im öffentlichen Interesse gegeben sind, sowie wenn er durch seinen Inhalt gegen die guten Sitten verstößt. Bei förmlichen Verstößen (§ 202 Abs. 1 Ziff. 1 AktG.) ist eine *Heilung* der Nichtigkeit zugelassen, wenn die Bekanntmachung des Jahresabschlusses zum Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft eingereicht ist und seitdem sechs Monate verstrichen sind (§ 202 Abs. 2 AktG.). Für die Klage auf Feststellung der Nichtigkeit eines vom Vorstand festgestellten Jahresabschlusses gegen die Gesellschaft finden die für die Klage auf Feststellung der Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen geltenden Vorschriften sinngemäß Anwendung (§ 202 Abs. 3 AktG.).

II. Die Gewinnverteilung

Das AktG. trennt scharf von der Feststellung des Jahresabschlusses die ausschließlich in den Händen der Hauptversammlung liegende Beschlußfassung für die Gewinnverteilung. *Gewinnverteilung* im Sinne des AktG. ist die *Verteilung des vom bilanzfeststellenden Verwaltungsträger als verteilungsfähig festgestellten Postens „Reingewinn“*. Hat der Vorstand mit Billigung des Aufsichtsrats den Jahresabschluß festgestellt, so ist die Hauptversammlung an diese Feststellung gebunden (§ 126 Abs. 3 AktG.). Abschreibungen, Wertberichtigungen, Rücklagen und Rückstellungen, die bereits im *Jahresabschluß* vorgenommen werden (§ 131 Abs. 2, 3 AktG.), kann die Hauptversammlung nicht mehr rückgängig machen. Die Maßnahmen des Vorstands zur Erhaltung der Widerstandskraft des Unternehmens können nicht mehr von der Hauptversammlung durchkreuzt werden. Der Hauptversammlung ist es für den Fall, daß der Vorstand den Jahresabschluß festgestellt hat, unmöglich gemacht, über die Überschußbeträge des Geschäftsjahrs ohne Rücksicht auf die Lage und die Bedürfnisse der Gesellschaft entgegen den Absichten der Verwaltung zu verfügen. Schließt die Hauptversammlung den Reingewinn ganz oder teilweise von der Verteilung aus, will sie z. B. weitere Rücklagen bilden, so hat der Vorstand hierdurch etwa nötig werdende Änderungen des Jahresabschlusses vorzunehmen (§ 126 Abs. 3 AktG.).

Ist die Hauptversammlung für die Feststellung des Jahresabschlusses zuständig, so entscheidet sie selbst über die Vornahme von Abschreibungen und Wertberichtigungen sowie über die Bildung von Rücklagen und Rückstellungen.

III. Der Inhalt des Geschäftsberichts

Das AktG. sieht eine *Zweiteilung* des Geschäftsberichts vor. Der Vorstand hat einerseits den Geschäftsverlauf und die Lage der Gesellschaft darzulegen, wobei auch über Vorgänge von besonderer Bedeutung zu berichten ist, die nach dem Schlusse des Geschäftsjahrs eingetreten sind, andererseits hat er den Jahresabschluß zu erläutern. In der Erläuterung sind auch wesentliche Abweichungen vom Jahresabschluß des Vorjahrs zu erörtern (§ 128 AktG.). Diese Zweiteilung des Geschäftsberichts in einen *allgemeinen* Teil, in dem der Vorstand sein persönliches Urteil über die allgemeine Entwicklung der Gesellschaft im abgelaufenen Geschäftsjahr sowie über ihre Lage und ihre Zukunftsabsichten abgibt, und in einen *besonderen* Teil, der durch Angabe von Tatsachen und Zahlen der Erläuterung der Bilanz dient, verfolgt den Zweck, den Gegenstand der Prüfung gegenüber dem bisherigen Gesetz in gewissem Umfange einzuschränken. Sinn der Abschlußprüfung ist, wie schon der Name sagt, die Prüfung des Jahresabschlusses. Hieraus folgt, daß auch der Geschäftsbericht in erster Linie nur insoweit der Abschlußprüfung zu unterliegen hat, wie er dazu dient, das Zahlenbild des Jahresabschlusses zu ergänzen und zu erläutern. So-

weit dagegen im Geschäftsbericht der Vorstand sein persönliches Urteil über die Lage und den Geschäftsverlauf der Gesellschaft abgibt, widerspricht es dem Wesen der Abschlußprüfung und der Struktur des neuen Aktienrechts überhaupt, daß über solche Fragen der Zweckmäßigkeit eine besondere Prüfung stattfindet. Die Beurteilung der Entwicklung der Gesellschaft und ihre Aussichten kann nur vom Vorstand getroffen werden; sie gehört nicht zum Pflichtenkreis der Abschlußprüfer. Das AktG. bestimmt daher in § 135 Abs. 1, daß der Jahresabschluß unter Einbeziehung der Buchführung und des Geschäftsberichts, soweit er den Jahresabschluß erläutert, von den Abschlußprüfern zu prüfen ist. Dies bedeutet jedoch nicht, daß die Ausführungen im allgemeinen Teil des Geschäftsberichts zu einer offensichtlichen Verschleierung des Bilanzbildes führen dürfen, ohne daß für die Abschlußprüfer die Möglichkeit eines Einschreitens gegeben ist. Der Vorstand hat deshalb dem Abschlußprüfer wie bisher nicht nur den besonderen Teil des Geschäftsberichts, sondern den gesamten Geschäftsbericht vorzulegen (§ 138 AktG.). Das Maß der Prüfung ist jedoch beim allgemeinen Teil des Geschäftsberichts ein anderes als beim besonderen Teil. Während Unrichtigkeiten im besonderen Teil stets von den Abschlußprüfern beanstandet werden und zu einer Versagung des Bestätigungsvermerks führen können, kann diese Folge bei einer Unrichtigkeit des allgemeinen Teils des Geschäftsberichts nur dann eintreten, wenn dieser offensichtlich eine falsche Darstellung von den Verhältnissen der Gesellschaft erweckt, die geeignet ist, das durch den Jahresabschluß vermittelte Bild von der Lage der Gesellschaft zu verfälschen.

Der Inhalt der Einzelangaben im besonderen Teil des Geschäftsberichts hat gegenüber dem geltenden Recht einige Änderungen erfahren. Diese Änderungen liegen durchweg in der Richtung einer Steigerung der Offenlegungspflicht. Im folgenden sollen nur die Abweichungen gegenüber den bisherigen Vorschriften erörtert werden:

§ 128 Abs. 2 Nr. 1 erweitert die Offenlegungspflicht bei den sog. Vorratsaktien. Dabei könnte zunächst bezweifelt werden, ob der Ausweis der Vorratsaktien überhaupt noch notwendig ist. Das AktG. sieht jedoch in § 51 die Ausgabe von Vorratsaktien im Interesse der Rechtssicherheit als eine gültige Aktienübernahme an und versagt nur der Vereinbarung, daß die Aktie für Rechnung übernommen wird, die gesetzliche Anerkennung. Solange der Aktionär nicht die volle Einlage gezahlt hat oder die tatsächlich erfolgte Aktienübernahme für Rechnung der Gesellschaft in eine Aktienübernahme für eigene Rechnung umgewandelt worden ist, besteht auch die Notwendigkeit, das Vorhandensein solcher Aktien im Geschäftsbericht offen kundzutun. Anzugeben sind nicht nur wie bisher Aktienübernahmen für Rechnung der Aktiengesellschaft, sondern auch Aktienübernahmen für Rechnung eines abhängigen Unternehmens sowie Aktienübernahmen durch ein abhängiges Unternehmen. Diese Erweiterungen waren erforderlich, da auch in § 51 AktG. nicht nur die Aktienübernahme für Rechnung der Gesellschaft, sondern auch die Übernahme für Rechnung eines abhängigen Unternehmens erfaßt wird. Ferner ist nach § 51 Abs. 2 AktG. — wie bisher nach § 226 Abs. 4 Satz 2 HGB. — verboten, daß ein abhängiges Unternehmen eine Aktie der herrschenden Gesellschaft übernimmt, wenn auch die Wirksamkeit einer solchen Übernahme durch einen Verstoß gegen dieses Verbot im Interesse der Rechtssicherheit nicht berührt wird. Anzugeben ist im Geschäftsbericht die Aktienübernahme als Gründer, Zeichner oder als Ausübender eines im Wege der bedingten Kapitalerhöhung eingeräumten unentziehbaren Bezugsrechts (§ 165 AktG.). Werden Vorratsaktien im Laufe des Geschäftsjahrs verwertet, so ist auch über die Verwertung unter Angabe der Höhe des Erlöses und seiner Verwendung zu berichten. Leistet der Aktionär die Einlage oder übernimmt er die Aktie für eigene Rechnung, so liegt hierin ebenfalls im Sinne des Gesetzes eine „Verwertung", über die zu berichten ist.

§ 128 Abs. 2 Nr. 2 erweitert die Offenlegungspflicht bei eigenen Aktien unter Abstimmung auf § 65 AktG. Im Gegensatz zur Nr. 1, die allein ursprünglich erworbene Aktien betrifft, handelt es sich hier um abgeleitet erworbene Aktien. Anzugeben sind nicht nur wie bisher die eigenen Aktien, die der Gesellschaft oder einem anderen für ihre Rechnung gehören, sondern auch solche eigenen Aktien der herrschenden Gesellschaft, die ein abhängiges Unternehmen oder ein anderer für Rechnung des abhängigen Unternehmens erworben hat. Ferner sind entsprechend § 65 AktG. den erworbenen eigenen Aktien die zu Pfande genommenen eigenen Aktien für den Ausweis im Geschäftsbericht gleichgestellt. Sind solche Aktien im Geschäftsjahr erworben oder veräußert worden, so ist auch über den Erwerb oder die Veräußerung unter Angabe des Erwerbs- oder Veräußerungspreises und die Verwendung des Erlöses zu berichten.

§ 260a Abs. 3 Nr. 3 HGB. ist in das AktG. nicht übernommen worden, da der Begriff der gebundenen Aktien zu großen Unklarheiten in der Praxis Anlaß gegeben hat. Ein besonderer Ausweis der gebundenen Aktien im Geschäftsbericht wird daher nicht mehr verlangt.

Neu sind § 128 Abs. 2 Nr. 3 und 4 AktG. Diese Angaben wurden durch die Einführung der bedingten Kapitalerhöhung und des genehmigten Kapitals notwendig. Das bedingte Kapital wird in der Bilanz vermerkt, im Geschäftsbericht sind nur die im Geschäftsjahr bezogenen Aktien anzugeben.

§ 128 Abs. 2 Nr. 5 stellt klar, daß nicht nur Genußscheine, sondern auch Genußrechte, die nicht in Urkunden verbrieft sind, im Geschäftsbericht auszuweisen sind. Dabei sind die im Geschäftsjahr geschaffenen Genußrechte besonders anzugeben (vgl. § 174 AktG.).

§ 128 Abs. 2 Nr. 6 entspricht dem § 260a Abs. 3 Nr. 6 HGB.

§ 128 Abs. 2 Nr. 7 erweitert die Offenlegungspflicht für die Bezüge. Anzugeben sind nicht wie bisher allein die Gesamtbezüge der Vorstands- und der Aufsichtsratsmitglieder, sondern auch die Gesamtbezüge eines Beirats oder einer ähnlichen Einrichtung der Gesellschaft. Unter den Gesamtbezügen sind entsprechend § 78 AktG. Gehälter, Gewinnbeteiligungen, Aufwandsentschädigungen, Versicherungsentgelte, Provisionen und Nebenleistungen jeder Art zu verstehen. Es sind auszuweisen sowohl die Bezüge, die für das Geschäftsjahr gewährt werden, als auch die Bezüge, die darüber hinaus im Geschäftsjahr gewährt werden, jedoch bisher in keinem früheren Geschäftsbericht angegeben sind. Durch diese Fassung ist klargestellt, daß auch Bezüge erfaßt werden, die ein Vorstandsmitglied usw. in Form einer Nachzahlung erhält. Einzurechnen in die Gesamtbezüge sind ferner Abfindungen, Ruhegehälter, Hinterbliebenenbezüge und Leistungen verwandter Art an frühere Mitglieder und ihre Hinterbliebenen. Diese Beträge bilden zwar meist keine Belastung mehr für die Gesellschaft in dem Geschäftsjahr, in dem sie gezahlt werden. Eine solche beschränkte Bedeutung wohnt der Nr. 6 des § 218 Abs. 2 jedoch bewußt nicht inne; es handelt sich vielmehr um eine reine Publizitätsvorschrift. Es soll der Öffentlichkeit vor Augen geführt werden, was die Gesellschaft überhaupt an Bezügen und ähnlichen Leistungen im Geschäftsjahr zahlt. Bei dieser Bedeutung ist es völlig gleichgültig, ob die Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder noch im Amt sind oder nicht. Selbstverständlich ist § 128 Abs. 2 Nr. 7 nicht so aufzufassen, daß ein Zwang zur Einrechnung besteht. Zulässig ist auch der gesonderte Ausweis der Zuwendungen an frühere Mitglieder. Ein solcher gesonderter Ausweis wird sogar in der Regel im Interesse der Gesellschaft selbst liegen. Nr. 7 trifft ferner auch nur solche Zuwendungen, die den ausgeschiedenen Mitgliedern mit Rücksicht auf ihre frühere Zugehörigkeit zum Vorstand, Aufsichtsrat oder Beirat usw. gewährt werden. Notwendig ist dagegen stets, daß die Gesamtbezüge eines jeden Verwaltungsträgers gesondert angegeben werden. Eine Zusammenrechnung der Gesamt-

bezüge der Mitglieder aller Verwaltungsträger oder sonstiger Einrichtungen wäre unzulässig.

Nach § 128 Abs. 2 Nr. 8 ist über die Beziehungen zu einem Konzernunternehmen, die in einem engen Zusammenhang mit der Kenntnis der Bilanz und ihrer Erläuterung stehen, im besonderen Teil des Geschäftsberichts zu berichten. § 128 Abs. 2 Nr. 9 bringt keine Neuerung. Auch die Möglichkeit einer Begrenzung der Berichterstattung auf Grund der Schutzklausel des § 128 Abs. 3 AktG. entspricht dem bisherigen Zustand.

IV. Der Inhalt des Jahresabschlusses

§ 129 Abs. 1 AktG. stellt für den Inhalt des Jahresabschlusses das allgemeine Gebot auf, daß dieser den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung zu entsprechen hat. Der Jahresabschluß ist ferner so klar und übersichtlich aufzustellen, daß er einen möglichst sicheren Einblick in die Lage der Gesellschaft gewährt.

§ 129 Abs. 2 AktG. stellt die Reihenfolge der zur Anwendung gelangenden Rechtssätze fest. In erster Linie sind die aktienrechtlichen Vorschriften der §§ 129—134 anzuwenden; soweit diese nicht eingreifen, gelten die Vorschriften des Vierten Abschnitts des Ersten Buchs des HGB. über Handelsbücher (§§ 38 ff. HGB.). Im übrigen gelten die im § 129 Abs. 1 AktG. besonders herausgestellten Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung.

1. Die Gliederung des Jahresabschlusses

Die Gliederungsvorschriften des AktG. entsprechen im wesentlichen dem bisherigen Recht (§§ 261a—261e HGB.).

Eine von den §§ 131, 132 AktG. abweichende Gliederung ist nur zugelassen, wenn der Geschäftszweig sie bedingt. Das AktG. verlangt jedoch, daß diese abweichende Gliederung gleichwertig sein muß (§§ 131 Abs. 1, 132 Abs. 1 AktG.). Da für gewisse Arten von Gesellschaften sich typische Abweichungen als nötig erwiesen haben, können gemäß § 134 Nr. 1 für die Gliederung des Jahresabschlusses Formblätter oder andere Vorschriften erlassen werden, die von den §§ 131, 132 AktG. abweichen oder sie ergänzen. Nach § 134 Nr. 2 können ferner für Konzernunternehmen Vorschriften über die Aufstellung des eigenen und über die Aufstellung eines gemeinschaftlichen Jahresabschlusses erlassen werden.

Auf der Aktivseite der Jahresbilanz (A) sind die ausstehenden Einlagen auf das Grundkapital (I), die Werte des Anlage- und des Umlaufsvermögens (II, III) sowie die Posten der Rechnungsabgrenzung (IV) auszuweisen.

Unter den „ausstehenden" Einlagen sind sowohl die eingeforderten, jedoch noch nicht eingegangenen Einlagen, als auch die noch nicht eingeforderten Einlagen zu verstehen. Der bisherige Ausdruck „rückständige Einlagen" ließ diese Bedeutung nicht klar erkennen

Beim Anlagevermögen, zu dem auch die Beteiligungen gehören, sind nur die Gegenstände auszuweisen, die am Abschlußstichtag bestimmt sind, dauernd dem Geschäftsbetrieb der Gesellschaft zu dienen (§ 131 Abs. 4 AktG.). Dadurch tritt klar die Trennung zum Umlaufsvermögen hervor.

Abweichend von den bisherigen Bestimmungen können Grundstücke und Gebäude als zusammengehörende Werte jetzt in einem Posten zusammengefaßt werden (II, 1). Es wird jedoch eine schärfere Trennung innerhalb dieses Postens durchgeführt und unterschieden zwischen Geschäfts- oder Wohngebäuden (a) sowie Fabrikgebäuden oder anderen Baulichkeiten (b). Diese Unterscheidung dürfte künftig das Bilanzbild übersichtlicher gestalten.

Die Neufassung von II Nr. 6 hebt hervor, daß auch GmbH.-Anteile oder Anteile sonstiger Kapitalgesellschaften, deren Nennbeträge insgesamt ein Viertel des Grundkapitals betragen, kraft gesetzlicher Vermutung als Beteiligung anzusehen sind. Neu eingefügt ist II Nr. 7. Wertpapiere, die keine Beteiligungen sind (z. B. Obligationen), jedoch den Charakter der Kapitalanlage haben, sind neben den Beteiligungen (II Nr. 6) in einem besonderen Posten auszuweisen.

Eine wichtige Neuerung enthält § 131 Abs. 4 Satz 3. Während bisher nur die auf die einzelnen Posten des Anlagevermögens entfallenden Zugänge und Abgänge gesondert in der Vorspalte auszuweisen waren, müssen künftig auch die im Geschäftsjahr auf die einzelnen Posten des Anlagevermögens entfallenden Abschreibungen und Wertberichtigungen kenntlich gemacht werden. Hierdurch wird das Lesen der Bilanz wesentlich erleichtert, da klar erkennbar wird, ob die vorgenommenen Abschreibungen und Wertberichtigungen als angemessen anzusehen sind.

Beim Umlaufsvermögen hat III Nr. 5 eine Erweiterung erfahren. Eine Gesellschaft hat nicht nur ihre eigenen Aktien, sondern auch die ihr gehörenden Aktien der sie beherrschenden Gesellschaft anzugeben (z. B. entgegen § 51 Abs. 2 AktG. von einer abhängigen Gesellschaft gezeichnete Aktien der herrschenden Gesellschaft). Diese Erweiterung war zur Verhinderung von Umgehungen notwendig, da sonst eine Gesellschaft, die einen großen Posten eigener Aktien hat, diesen ihrer Tochtergesellschaft überlassen und sich auf diese Weise von dem gesonderten Ausweis eigener Aktien freimachen könnte. Der Gesellschaft gehörende eigene Aktien oder Aktien einer herrschenden Gesellschaft dürfen, wie § 131 Abs. 6 AktG. noch besonders betont, nicht unter anderen Posten ausgewiesen werden.

Unter III Nr. 10 sind künftig auch Forderungen an leitende Angestellte aus Krediten anzugeben. Diese Änderung hängt zusammen mit § 80 AktG., der auch die Kreditgewährung an leitende Angestellte von der Zustimmung des Aufsichtsrats abhängig macht. Der gesonderte Ausweis dieser Forderungen in der Bilanz ist nicht nur aus Gründen der Bilanzwahrheit, sondern vor allem auch aus Liquiditätsgründen notwendig. In dem Ausweis dieser Forderungen braucht durchaus nicht etwas Außergewöhnliches oder Anstößiges zum Ausdruck zu kommen. Wird z. B. der Bau von Eigenheimen für leitende Angestellte finanziert, so kann eine solche Kreditgewährung wirtschaftlich gerechtfertigt und sozial sogar geboten sein. In solchen Fällen steht es aber einer Gesellschaft frei, den Grund der Kreditgewährung im Geschäftsbericht näher zu erläutern und auf diese Weise das etwaige Moment des Anstößigen zu beseitigen.

Gemäß III Nr. 11 müssen ferner auch Forderungen an Aufsichtsratsmitglieder aus Krediten ausgewiesen werden, soweit sie nicht aus Geschäften entstanden sind, die der Betrieb der Gesellschaft gewöhnlich mit sich bringt. Normale geschäftliche Beziehungen zwischen der Gesellschaft und ihren Aufsichtsratsmitgliedern sollen nicht getroffen werden.

Auf der Passivseite der Bilanz (B) sind das Grundkapital (I), die Rücklagen (II), Wertberichtigungen (III) und Rückstellungen (IV) sowie die Verbindlichkeiten (V) und Rechnungsabgrenzungsposten (VI) auszuweisen.

Außer dem Nennbetrag des Grundkapitals müssen unter I angegeben werden — und zwar vor der Linie — die Gesamtnennbeträge der Aktien jeder Gattung gesondert, ferner, wenn Mehrstimmrechtaktien ausgegeben sind, die Gesamtstimmenzahl der Mehrstimmrechtaktien und die der Stammaktien sowie bei bedingter Kapitalerhöhung auch der Nennbetrag des bedingten Kapitals. Der Nennbetrag des genehmigten Kapitals wird nicht in der Bilanz, sondern im Geschäftsbericht vermerkt (§ 128 Abs. 2 Nr. 4 AktG.).

Für den bisherigen Ausdruck „Reservefonds", der in Wahrheit kein Fonds war, ist der deutsche Ausdruck „Rücklage" getreten, der dem Wesen dieses zusätzlichen Kapitals besser entspricht. Unterschieden wird zwischen der gesetzlichen Rücklage des § 130 und sog. freien Rücklagen, die nicht kraft Gesetzes angeordnet werden. Außer der gesetzlichen Rücklage des § 130 kennt das AktG. nicht wie bisher noch andere gesetzliche Rücklagen (vgl. §§ 185, 192 Abs. 5 AktG.).

Wertberichtigungen sind Gegenposten gegen zu hoch angesetzte Aktivposten. Durch sie wird im allgemeinen der gleiche Erfolg wie der einer Abschreibung auf der Aktivseite

erreicht. Bisher war auf der Passivseite allein ein Sammelposten „Wertberichtigungen" auszuweisen, bei dem es völlig undurchsichtig war, ob die Wertberichtigungen sich auf das Anlagevermögen oder auf das Umlaufsvermögen bezogen. Das AktG. verlangt, daß die Wertberichtigungen zu Posten des Anlagevermögens gesondert ausgewiesen werden (III). Die Nichterwähnung der Wertberichtigungen zu Posten des Umlaufvermögens bedeutet indessen nicht, daß solche Wertberichtigungen nicht mehr ausgewiesen zu werden brauchen. Das AktG. will allein zum Ausdruck bringen, daß Wertberichtigungen zu Posten des Umlaufvermögens in der Regel überhaupt unstatthaft sind, da die Bewertung des Umlaufvermögens auf reiner Schätzung beruht. Wird im Einzelfalle eine Wertberichtigung zu den Debitoren gebildet, so ist diese auch in der Bilanz gesondert auszuweisen und darf nicht mit den Wertberichtigungen zu Posten des Anlagevermögens zusammengezogen werden.

Unter B IV sind die Rückstellungen aufzuführen, die ihrem Wesen nach echte Verbindlichkeiten sind. Der Zusatz „für ungewisse Schulden" will den Rückstellungsbegriff klären und ihn gegenüber den Wertberichtigungen, die stets einen Gegenposten auf der Aktivseite haben, abgrenzen.

Unter den Verbindlichkeiten sind künftig auch die von Arbeitern und Angestellten gegebenen Pfandgelder (Kautionen) sowie Verbindlichkeiten aus Werksspareinlagen gesondert anzugeben (V Nr. 3, 4). Diese Neueinfügungen liegen ebenfalls in der Richtung einer Steigerung der Publizität.

Eine Änderung hat V Nr. 2 erfahren. Während Sicherungshypotheken bisher nicht als Hypotheken ausgewiesen werden durften, hält das AktG. an diesem grundsätzlichen Verbot nicht mehr fest. Es läßt sich bei wirtschaftlicher Betrachtung nicht allgemein sagen, daß bei der Sicherungshypothek nicht die Haftung aus der Hypothek, sondern die persönliche Haftung das Entscheidende ist. Nur in dem letzteren Falle wäre es jedoch gerechtfertigt, Sicherungshypotheken, die auf Grundstücken der Gesellschaft lasten, nicht als Hypotheken auszuweisen.

Die Bedeutung des Postens „Reingewinn" für die Feststellung des Jahresabschlusses und für die Gewinnverteilung ist bereits erörtert worden.

§ 131 Abs. 5—7 AktG. bringen keine Änderung. In Abs. 6 ist jedoch neu vorgeschrieben, daß Forderungen und Verbindlichkeiten gegenüber Konzernunternehmen in der Regel auch als solche aufzuführen sind (§ 131 Abs. 1 A III Nr. 9; B 5 Nr. 7), da die konzernmäßige Verflechtung den Charakter dieser Forderung entscheidend bestimmt. Es darf also z. B. eine Warenforderung nicht unter A III Nr. 8, sondern allein unter Nr. 9 ausgewiesen werden. Wird sie ausnahmsweise unter anderen Posten ausgewiesen, so muß die Eigenschaft als Konzernforderung oder -verbindlichkeit vermerkt werden.

2. Die Gliederung der Gewinn- und Verlustrechnung

Die Gliederung der Gewinn- und Verlustrechnung stellt wie bisher eine Mischung zwischen Brutto- und Nettorechnung dar. Dieses Prinzip ist trotz der vielfach erhobenen Einwendungen zur Zeit immer noch die beste Lösung. Gegen die Einführung einer eindeutigen Bruttorechnung spricht das grundsätzlich aus Kreisen der Wirtschaft erhobene Bedenken, daß hierdurch die Umsatzziffern offengelegt und damit der inländischen und ausländischen Konkurrenz der Einblick in die inneren Betriebsverhältnisse ermöglicht wird. § 132 AktG. gestaltet jedoch die Gewinn- und Verlustrechnung übersichtlicher und einfacher, als es bisher der Fall war. Es kann künftig der Jahresertrag mit allen Aufwendungen verrechnet werden, die nicht auf der Aufwandsseite als sog. Bruttoposten besonders ausgewiesen werden müssen (II, 1). Im einzelnen ist folgendes hervorzuheben:

Auf der Seite der Aufwendungen werden unter I Nr. 3 allein die Abschreibungen und Wertberichtigungen auf das Anlagevermögen erwähnt; der frühere Posten „andere Abschreibungen", unter dem bisher die Abschreibungen auf Debitoren erfolgten, ist nicht übernommen worden. Der Grund dieser Regelung liegt darin, daß man heute in der Praxis in der Regel nur Abschreibungen und Wertberichtigungen auf das Anlagevermögen vornimmt, während man auf das Umlaufvermögen nicht abschreibt, sondern dieses niedriger bewertet. Unter Zugrundelegung dieser heute durchgesetzten Praxis hat das AktG. davon abgesehen, die Abschreibungen und Wertberichtigungen auf das Umlaufvermögen besonders zu erwähnen. Sollte eine Gesellschaft jedoch trotzdem Abschreibungen auf Debitoren vornehmen, so müssen solche Abschreibungen auf der Aufwandsseite wie bisher gesondert ausgewiesen werden. Eine Verrechnung mit dem Jahresertrag würde unstatthaft sein.

I Nr. 5 entspricht sachlich der bisherigen Regelung. Die Kapitalverkehrssteuer und die Umsatzsteuer brauchen nicht ausgewiesen zu werden, ferner nicht die Kapitalertragssteuer, da sie zwar eine Steuer vom Einkommen ist, jedoch durch Steuerabzug erhoben wird.

Neu eingefügt sind I Nr. 6—8. Sie bezwecken im Interesse der Publizität eine stärkere Durchführung des Bruttoprinzips. Es müssen ausgewiesen werden Beiträge an Berufsvertretungen, wenn die Zugehörigkeit auf gesetzlicher Vorschrift beruht (Nr. 6), ferner die Beträge von Wertminderungen und sonstigen Verlusten, zu deren Ausgleich die gesetzliche Rücklage verwandt worden ist (Nr. 7), sowie außerordentliche Aufwendungen, soweit diese nicht in Nr. 1—7 und 9 enthalten sind (Nr. 8). Diese Aufwendungen wurden bisher unter dem Sammelposten „alle übrigen Aufwendungen" ausgewiesen, den das AktG. nicht übernommen hat, da er in der Praxis vor allem gegenüber den Posten I, 1 auf der Seite der Aufwendungen und dem Posten II, 1 auf der Seite der Erträge zu großen Schwierigkeiten führte und als Sammelposten sowieso wenig Aufschluß bieten konnte.

Der Posten I Nr. 9 hat folgende Bedeutung: Auf der Ertragsseite können nach II Nr. 1 alle Aufwendungen vom Jahresertrag abgezogen werden, die nicht gesondert auf der Aufwandsseite auszuweisen sind. Für den Fall, daß diese einrechnungsfähigen Aufwendungen den Jahresertrag übersteigen, ist die Aufnahme eines besonderen Gegenpostens auf der Aufwandsseite für die den Jahresertrag (II Nr. 1) übersteigenden Aufwendungen notwendig.

Auf der Ertragsseite ist klargestellt worden, daß unter den außerordentlichen Erträgen auch die Beträge auszuweisen sind, die durch Auflösung von Wertberichtigungen und Rückstellungen sowie von freien Rücklagen, mögen diese offen oder still gebildet sein, gewonnen werden (II Nr. 4). Die aus der Auflösung der gesetzlichen Rücklage gewonnenen Beträge sind unter dem Posten II Nr. 5 gesondert anzugeben.

3. Wertansätze in der Jahresbilanz

Die Bewertungsvorschrift des § 130 AktG. hält im wesentlichen an den bewährten Bewertungsgrundsätzen des HGB. fest. Die bisherige Fassung des § 261 HGB. krankte jedoch an einer gewissen Unübersichtlichkeit, die die Aufstellung der Bilanz erschwerte. Diese Mängel sind dadurch beseitigt worden, daß die Bewertungsvorschriften eng an die Gliederungsvorschriften des § 131 AktG. angeschlossen und auf ihren Inhalt abgestimmt wurden. § 130 AktG. unterscheidet demgemäß auch für die Bewertung zwischen den Gegenständen des Anlagevermögens (Nr. 1 und 2) und des Umlaufvermögens (Nr. 3). Zum Anlagevermögen gehören, wie sich aus § 131 Abs. 4 AktG. ergibt, nur die Gegenstände, die am Abschlußstichtag bestimmt sind, dauernd dem Geschäftsbetrieb der Gesellschaft zu dienen.

Für das Anlagevermögen gelten wiederum verschiedene Bewertungsgrundsätze, je nachdem es sich um Gegenstände des § 131 Abs. 1 A II Nr. 1—4 oder um Gegenstände des § 131 Abs. 1 A II Nr. 5—7 handelt. Diese verschiedene Behandlung entspricht der bisherigen Regelung des § 261 Nr. 1 HGB., die zwischen Anlagen nebst anderen Vermögensgegenständen und Wertpapieren unterschied. Das AktG. hat davon abgesehen, die zum dauernden Geschäftsbetrieb der Gesellschaft bestimmten Wertpapiere unter einer besonderen

Bezeichnung, etwa als Kapitalvermögen, auszuweisen. Eine solche Trennung würde nur den Eindruck hervorgerufen haben, als ob Anlagevermögen und Kapitalvermögen ihrem Wesen nach verschieden seien. Außerdem könnten aus einer solchen äußerlichen Trennung vom Anlagevermögen falsche Vorstellungen über die Liquidität der Gesellschaft erweckt werden. Das AktG. verwendet daher für die dem dauernden Geschäftsbetrieb der Gesellschaft dienenden Beteiligungen und anderen Wertpapiere die einheitliche Bezeichnung des Anlagevermögens.

Im einzelnen ist folgendes hervorzuheben:

§ 133 Nr. 1 entspricht dem § 261 Nr. 1 Abs. 1 HGB. Es ist jedoch in Abs. 1 ausdrücklich klargestellt worden, daß als Höchstwert die Anschaffungs- und Herstellungskosten auch dann zu gelten haben, wenn der wirkliche Wert des Gegenstands ein höherer sein sollte. Im übrigen ist die Fassung der Bewertungsvorschrift übersichtlicher gestaltet worden.

§ 133 Nr. 2 entspricht § 261 Nr. 1 Abs. 2 HGB. Auch für diese Gegenstände des Anlagevermögens gilt der Grundsatz, daß sie höchstens zu den Anschaffungskosten angesetzt werden dürfen. Der Ansatz zu den Anschaffungskosten ist aber auch bei geringerem Wert zulässig, sofern nicht die Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung Abschreibungen oder Wertberichtigungen nötig machen. Abweichend von Nr. 1 — jedoch in Übereinstimmung mit dem geltenden Recht — ist also bei Beteiligungen die Vornahme der Abschreibungen und Wertberichtigungen nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung vorgeschrieben.

Bei der Bewertung der Gegenstände des Umlaufvermögens hält das AktG. an dem bewährten Niederstwertprinzip fest (§ 133 Nr. 3 AktG.).

§ 133 Nr. 4 AktG. verbietet die Aktivierung der Aufwendungen für die Gründung und die Kapitalbeschaffung (Kapitalerhöhung, bedingte Kapitalerhöhung, genehmigtes Kapital). Das Verbot entspricht grundsätzlich dem § 261 Nr. 3 HGB. Der Ausdruck „Aufwendungen" geht jedoch weiter als der bisher verwandte Ausdruck „Kosten". Auch die Gesellschaftsteuer darf daher nicht aktiviert werden. Es ist ferner ausdrücklich klargestellt, daß die Kosten der Betriebseinrichtung aktivierungsfähig sind. Der dafür unter die Posten des Anlagevermögens einsetzbare Betrag ist durch jährliche Abschreibungen und Wertberichtigungen zu tilgen. Der Grund dieser Ausnahme liegt darin, daß Gesellschaften, bei denen die Betriebseinrichtungskosten sehr hoch sind (z. B. Grundstücks- und Kanalbaugesellschaften) sonst gezwungen wären, diese Kosten bereits im ersten Geschäftsjahr abzuschreiben, was in den meisten Fällen zu einer Unterbilanz führen würde. Bereits im bisherigen Recht entsprach es der herrschenden Meinung, daß die Betriebseinrichtungskosten nicht zu den Kosten der Gründung gehörten.

Die für den Geschäfts- oder Firmenwert sowie für Anleihen der Gesellschaft bisher geltenden Bewertungsgrundsätze hat das AktG. übernommen (§ 133 Nr. 5, 6 AktG.).

4. Die gesetzliche Rücklage

Der gesetzliche Reservefonds des § 262 HGB., der jetzt gesetzliche Rücklage heißt, konnte bisher nur zur Deckung eines aus der Bilanz sich ergebenden Verlustes verwandt werden. Eine Gesellschaft, die im abgelaufenen Geschäftsjahr eine Unterbilanz erzielt hatte, war daher gezwungen, diesen Bilanzverlust zunächst bekanntzumachen, obwohl dieser Verlust durch Inanspruchnahme des gesetzlichen Reservefonds jederzeit ausgeglichen werden konnte. Diesen für den Kredit einer Gesellschaft äußerst nachteiligen Zwang zur Veröffentlichung vor der Inanspruchnahme des gesetzlichen Reservefonds hat das neue AktG. beseitigt. § 130 Abs. 3 AktG. läßt allgemein die Verwendung der gesetzlichen Rücklage zum Ausgleich von Wertminderungen und zur Deckung von Verlusten zu, ohne daß diese Verluste vorher in der Bilanz in Erscheinung getreten sein müssen. Um Verschleierungen vorzubeugen, müssen jedoch in der Gewinn- und Verlustrechnung auf der Aufwandsseite die Beträge von Wertminderungen und sonstigen Verlusten, zu deren Ausgleich die gesetzliche Rücklage verwandt worden ist, und auf der Ertragsseite die aus der Inanspruchnahme der gesetzlichen Rücklage gewonnenen Beträge ausgewiesen werden (§ 132 I Nr. 7, II Nr. 5 AktG.).

Sind Verluste vorhanden, so besteht abweichend von der bisherigen Rechtsprechung (RGZ. 145, 336) kein Zwang, die gesetzliche Rücklage zur Deckung des Verlustes in Anspruch zu nehmen. Es ist zulässig, Verluste auf neue Rechnung vorzutragen, selbst wenn eine gesetzliche Rücklage vorhanden ist. Andererseits steht der Verwendung der gesetzlichen Rücklage auch nicht entgegen, daß freie, zur Verlustdeckung bestimmte Rücklagen vorhanden sind.

Welche Beträge der gesetzlichen Rücklage zuzuweisen sind, bestimmt § 130 Abs. 2 AktG. Da künftig die Dotierung der gesetzlichen Rücklage bereits in der Jahresbilanz erfolgt (§ 131 Abs. 2 AktG.), ist gemäß Nr. 1 ein Betrag in die gesetzliche Rücklage einzustellen, der mindestens dem zwanzigsten Teil des jährlichen Reingewinns entspricht. Nr. 2, die die Einstellung des bei einer Aktienausgabe erzielten Aufgelds betrifft, entspricht sachlich dem bisherigen Recht. Neu ist Nr. 3 des § 130 Abs. 2 AktG. Diese Vorschrift bildet das Gegenstück zu § 166 Abs. 2 AktG., der besondere Sicherungen zur Verhinderung einer Unterpariausgabe von Bezugsaktien im Falle der bedingten Kapitalerhöhung vorsieht.

Nach § 130 Abs. 2 Nr. 4 ist der Betrag von Zuzahlungen auch dann in die gesetzliche Rücklage einzustellen, wenn dieser von Aktionären nicht gegen Gewährung eines Vorzugsrechts, sondern eines bloßen Vorzugs für ihre Aktien geleistet wird. Diese Änderung ist vor allem bei Zuzahlungen zur Abwendung einer Zusammenlegung von Aktien im Falle der Kapitalherabsetzung von Bedeutung.

Gemäß § 185 AktG. müssen im Falle einer vereinfachten Kapitalherabsetzung bei zu hoch angenommenen Verlusten unter gewissen Voraussetzungen bestimmte Unterschiedsbeträge in die gesetzliche Rücklage eingestellt werden. Ferner ist bei einer Kapitalherabsetzung durch einfache Einziehung von Aktien in die gesetzliche Rücklage ein Betrag einzustellen, der dem Gesamtnennbetrag der eingezogenen Aktien gleichkommt (§ 192 Abs. 5 AktG.). Besondere gesetzliche Rücklagen kennt das AktG. nicht mehr.

5. Stille Rücklagen

Die Bildung stiller Rücklagen läßt das AktG. in dem bisher zulässigen Umfang zu (vgl. amtliche Begründung).

V. Die Prüfung des Jahresabschlusses

Der durch das AktG. gesteigerten Macht des Vorstands bei der Betreuung fremden Kapitals mußte außer einer verschärften Verantwortlichkeit auch eine gesteigerte Rechenschaftspflicht und Kontrolle entsprechen. Das AktG. hat daher nicht nur die bewährten Prüfungsvorschriften der Aktienrechtsnovelle von 1931 übernommen, sondern die Tragweite dieser Bestimmungen erheblich erweitert. Nach diesen Vorschriften war die Gesellschaft zwar verpflichtet, ihren Jahresabschluß und ihren Geschäftsbericht alljährlich prüfen zu lassen. Es wurde jedoch meist der Standpunkt vertreten, daß es sich bei der Pflichtprüfung um eine rein innere Angelegenheit der Gesellschaft handele. Dies führte dann zu der Auffassung, daß eine Prüfung nicht stattzufinden brauche, wenn Vorstand, Aufsichtsrat und alle Aktionäre damit einverstanden sind. Ohne vorherige Prüfung festgestellte Jahresabschlüsse wurden höchstens als anfechtbar angesehen. Im nationalsozialistischen Staat setzte sich mehr und mehr die Ansicht durch, daß diese Auffassung von der rein privaten Natur der Pflichtprüfung dem Wesen und der Bedeutung dieser Einrichtung nicht gerecht wurde. Es wurde erkannt, daß eine regelmäßige Prüfung der Rechnungslegung nicht nur im Interesse der Gesellschaft und ihrer Aktionäre, sondern vor allem auch im Interesse der Gläubiger und der Allgemeinheit liegt, die in

gleichem Maße an der Gesundung und Sauberkeit des deutschen Aktienwesens interessiert ist. Das AktG. hat diese Entwicklung aufgegriffen und die Prüfungsvorschriften durch den grundlegenden Satz, daß ein ohne vorherige Prüfung festgestellter Jahresabschluß nichtig ist (§ 135 Abs. 1 AktG.), zu zwingenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften erhoben. Die Gesellschaft ist jetzt nicht mehr verpflichtet, sondern auch gezwungen, ihren Jahresabschluß prüfen zu lassen. Im übrigen ist in noch weiterem Umfange, als es bisher auf Grund der Verordnung v. 8. Juni 1934 (RGBl. I, 491) möglich war, das Registergericht befugt, die Gesellschaft zur Einhaltung ihrer Pflichten durch Ordnungsstrafen anzuhalten.

§ 135 AktG. regelt in grundsätzlicher Übereinstimmung mit den bisherigen Bestimmungen den Umfang der Prüfung. Zu prüfen ist der Jahresabschluß unter Einbeziehung der Buchführung und des Geschäftsberichts, soweit er den Jahresabschluß erläutert. Der Umfang der Prüfung des Geschäftsberichts ist bereits im einzelnen unter III behandelt worden.

Das Recht zur Bestellung der Abschlußprüfer ist der Hauptversammlung geblieben (§ 136 AktG.), da sichergestellt werden mußte, daß ein vom Vorstand unabhängiges Organ die Prüfung vornimmt. Der Vorstand hat den gewählten Abschlußprüfern den Prüfungsauftrag zu erteilen; er kann hierzu vom Registergericht durch Ordnungsstrafen angehalten werden (§ 303 Abs. 1 AktG.). Wählt die Hauptversammlung keine Prüfer, so greift auf Antrag des Vorstands, des Aufsichtsrats oder eines Aktionärs die Bestellung durch das Gericht ein (§ 136 Abs. 4 AktG.). Die Pflicht des Vorstands zur Stellung dieses Antrags kann ebenfalls durch Ordnungsstrafen erzwungen werden (§ 303 Abs. 1 AktG.).

Als Abschlußprüfer dürfen nur öffentlich bestellte Wirtschaftsprüfer oder Wirtschaftsprüfungsgesellschaften gewählt oder bestellt werden (§ 137 Abs. 1 AktG.). Um eine unabhängige Prüfung zu gewährleisten, bestimmt ferner § 137 Abs. 2 AktG., daß ein Prüfer, der unter dem maßgebenden Einfluß einer Gesellschaft steht, nicht nur diese Gesellschaft selbst, sondern auch die sie beherrschende oder von ihr abhängige Gesellschaft nicht prüfen darf. Bei Verletzung des § 137 AktG. ist die Wahl bzw. die Bestellung des Prüfers nichtig.

Bei Meinungsverschiedenheiten zwischen den Abschlußprüfern und dem Vorstand über die Auslegung der Vorschriften über den Jahresabschluß und den Geschäftsbericht ist die Einrichtung einer Spruchstelle vorgesehen, die solche Fragen in kurzer Zeit und mit Bindung für die Gerichte und Verwaltungsbehörden zu entscheiden hat (§ 135 Abs. 3 AktG.).

Eine gewisse Erweiterung hat auch das Auskunftsrecht der Abschlußprüfer erfahren. § 138 AktG. läßt allgemein die Untersuchung von Vermögensgegenständen zu, so daß künftig auch von den Abschlußprüfern Betriebsanlagen besichtigt werden können.

§ 140 AktG. läßt jetzt ausdrücklich zu, daß die Abschlußprüfer nicht stets die Bestätigung versagen müssen, wenn nach dem abschließenden Ergebnis der Prüfung Einwendungen zu erheben sind. Sie können — wie es z. T. bisher schon üblich war — auch einen eingeschränkten Bestätigungsvermerk erteilen. Diese Einschränkung kann sich naturgemäß auf Umstände verschiedenster Art beziehen, z. B. auf die Buchführung, den Geschäftsbericht, die Bewertung oder die Gliederung des Jahresabschlusses usw. Welche Form die Abschlußprüfer im Einzelfall zu wählen haben, ist ihrem pflichtmäßigen Ermessen überlassen worden. Ihre verantwortungsvolle Entscheidung muß sowohl den Belangen der geprüften Gesellschaft als auch den Belangen der Öffentlichkeit gerecht werden. Keinesfalls ist die neue Regelung dahin zu verstehen, daß an Stelle der Versagung der Bestätigung stets die Erteilung eines eingeschränkten Bestätigungsvermerks treten dürfe. Bei schweren Verstößen gegen gesetzliche Vorschriften muß vielmehr nach wie vor die Bestätigung versagt werden.

Die Verantwortlichkeit der Abschlußprüfer ist entsprechend dem bisherigen Recht geregelt worden. Es ist aber klargestellt, daß nicht nur die Abschlußprüfer und ihre Gehilfen, sondern auch die bei der Prüfung mitwirkenden gesetzlichen Vertreter einer Prüfungsgesellschaft persönlich verantwortlich sind (§ 141 AktG.).

VI. Die Bekanntmachung des Jahresabschlusses

Der Vorstand hat den von ihm mit Billigung des Aufsichtsrats oder von der Hauptversammlung festgestellten Jahresabschluß unverzüglich in den Gesellschaftsblättern bekanntzumachen und die Bekanntmachung sowie den Geschäftsbericht nebst dem Bericht des Aufsichtsrats (§ 96 AktG.) zum Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft einzureichen (§ 143 Abs. 1 AktG.). Ferner hat der Vorstand abweichend vom bisherigen Gesetz auch den festgestellten Jahresabschluß selbst zum Handelsregister einzureichen. Hierdurch wird der Registerrichter in die Lage versetzt nachzuprüfen, ob der Jahresabschluß in der Form veröffentlicht wurde, wie er festgestellt worden ist, insbesondere vollständig und mit dem vollen Wortlaut des Bestätigungsvermerks (§ 144 AktG.). Ist ein abweichender Jahresabschluß bekanntgemacht worden, so kann der Registerrichter die ordnungsmäßige Bekanntmachung durch Ordnungsstrafen erzwingen (§ 14 HGB.). Der Registerrichter muß ferner die Einreichung des Jahresabschlusses und seine Bekanntmachung beanstanden, wenn unzulässigerweise keine Prüfung stattgefunden hat, da in einem solchen Falle ein gültiger Jahresabschluß überhaupt noch nicht vorhanden ist (§ 135 Abs. 1 AktG.). Ist der Bestätigungsvermerk versagt worden, so muß die Gesellschaft in der Bekanntmachung hierauf hinweisen (§ 144 AktG.). Entsprechendes gilt, wenn eine Prüfung zulässigerweise nicht stattgefunden hat. Dies kann nach dem AktG. nur dann der Fall sein, wenn gemäß § 142 Nr. 2 für Gesellschaften von besonderer Art Ausnahmen von der Prüfung zugelassen worden sind, weil diese einer der aktienrechtlichen Prüfung gleichwertigen Aufsichtsprüfung unterliegen. Auch in einem solchen Falle hat die Öffentlichkeit ein Interesse daran, aus der Bekanntmachung die Tatsache des Fehlens einer aktienrechtlichen Prüfung zu ersehen.

Der Registerrichter ist nicht verpflichtet nachzuprüfen, ob der Jahresabschluß den §§ 129—134 AktG. entspricht, da diese Prüfung zu dem Pflichtenkreis der Abschlußprüfer gehört (§ 143 Abs. 3 AktG.). Dagegen hat sich seine Prüfung stets auf die Ordnungsmäßigkeit der Bekanntmachung insbesondere auf die Beachtung des § 144 AktG. zu erstrecken.

Gemäß § 144 AktG. ist der Jahresabschluß in allen Veröffentlichungen und Vervielfältigungen vollständig und richtig und mit dem vollen Wortlaut des Bestätigungsvermerks wiederzugeben. Dieses Gebot erstreckt sich auf alle Bekanntmachungen des Jahresabschlusses, in denen die gegliederte Jahresbilanz und die Gewinn- und Verlustrechnung auf Veranlassung der Gesellschaft veröffentlicht werden, und zwar gleichgültig, ob es sich um die Pflichtveröffentlichung des § 143 AktG. oder um sog. freiwillige Veröffentlichungen handelt. Kurze Aufsätze über den Jahresabschluß unter Angabe einzelner oder auch aller Posten, wie sie meist in den Handelsteilen der Zeitungen und Zeitschriften zu finden sind, sind keine Bekanntmachungen des Jahresabschlusses. Sie fallen demnach nicht unter § 144 AktG.

Mitglieder des Vorstands oder des Aufsichtsrats oder Abwickler machen sich strafbar, wenn sie unter Verletzung des § 144 AktG. den Jahresabschluß unrichtig wiedergeben. Die Strafverfolgung tritt nur auf Antrag der amtlichen Vertretung des Handelsstands ein (§ 301 AktG.).

VII. Inkrafttreten der Bestimmungen

Die neuen Vorschriften des AktG. über die Rechnungslegung gelten für Geschäftsjahre, die nach dem 1. Okt. 1937 enden. Für frühere Geschäftsjahre ist nach den bisherigen Vorschriften des HGB. zu verfahren (§ 11 EGAktG.).

Die Maßnahmen der Kapitalbeschaffung im neuen Aktiengesetz

Von Amtsgerichtsrat Herbig, Reichsjustizministerium

Ein Aktiengesetz, das die Rechtsform der Aktiengesellschaft dem Grundsatze nach den Großunternehmen vorbehält, weil nur bei ihnen der Kapitalbedarf so bedeutend ist, daß weite Kreise des Volkes zur Aufbringung der erforderlichen Mittel herangezogen werden müssen, hat besonderen Anlaß, sich den Fragen der Kapitalbeschaffung eingehend zu widmen. Es liegt freilich nicht in der Macht eines solchen Gesetzes, Kapital zu schaffen; und es ist nicht die Aufgabe des Aktienrechts, Fragen der Kapitalmarktpolitik zu regeln, namentlich etwa festzustellen, welcher Teil des verfügbaren Kapitals der öffentlichen Hand, welcher der Privatwirtschaft zufließen soll. Aber es muß dafür sorgen, daß den Gesellschaften dann, wenn Kapital vorhanden und ihnen von den zur Betreuung des Kapitalmarktes zuständigen Stellen überlassen ist, das technische Rüstzeug zur Verfügung steht, dieses Kapital auch zu übernehmen. Dies gilt ganz besonders in heutiger Zeit, wo der Wirtschaft im Rahmen des Vierjahresplanes Aufgaben ungeheuren Ausmaßes gestellt sind. Das neue Aktiengesetz hat sich deshalb bemüht, die Technik der Kapitalbeschaffung wesentlich zu verbessern und die Beschaffung so weit zu erleichtern, wie dies mit den Belangen der Allgemeinheit und schutzwürdigen Belangen der Gesellschafter irgendwie vereinbar schien.

Neben der der Praxis im wesentlichen geläufigen sozusagen gewöhnlichen Kapitalerhöhung hat es die bisher nur auf einem Sonderrechtsgebiet bekannte bedingte Kapitalerhöhung und das dem deutschen Recht bisher unbekannte genehmigte Kapital übernommen. Unbekannt war dem alten Aktienrecht auch die Vorzugsaktie ohne Stimmrecht (VzAktie o. St.). Und die Wandelschuldverschreibungen, Gewinnschuldverschreibungen und Genußrechte, die die aktienrechtliche Praxis der letzten Jahre entwickelt hat, werden nun erstmals auch in das Gesetz eingebaut und näher geregelt.

Vorzugsaktien ohne Stimmrecht (§§ 115—117 AktG.)

Die praktische Bedeutung dieser neuen Aktienart liegt auf dem Gebiet der Kapitalerhöhung im weitesten Sinne, wenn es an sich auch durchaus möglich ist, VzAktien o. St. bereits bei der Gründung einer Gesellschaft zu schaffen. Da sie für die drei Formen der Kapitalerhöhung, die gewöhnliche und die bedingte Kapitalerhöhung und das genehmigte Kapital, in gleicher Weise von Bedeutung sind, seien sie hier vorweg erörtert.

Das Aktiengesetz geht an sich davon aus, daß jede Aktie das Stimmrecht gewährt und daß das Stimmrecht nach den Aktiennennbeträgen ausgeübt wird; es bemüht sich, wie in diesem Zusammenhang nicht näher erläutert werden kann, die Bevorzugung einzelner Aktiengattungen im Stimmrecht, das Mehrstimmrecht, einzudämmen und abzubauen. Als einzige Ausnahme von seinem Grundsatz läßt das Gesetz die VzAktie o. St. zu. Diese bildet eine Zwischenform zwischen der Schuldverschreibung und der stimmberechtigten Aktie. Für die Gesellschaft besteht ihr Vorzug vor der Schuldverschreibung darin, daß sie nicht wie bei der Schuldverschreibung Zinsen auch dann zahlen muß, wenn sie keinen Gewinn gemacht hat; der Vorzug vor der gewöhnlichen Aktie darin, daß VzAktien o. St. keine Verschiebung der Machtverhältnisse in einer Gesellschaft herbeiführen können, daß namentlich von ihrer Ausgabe keinesfalls eine Überfremdung zu befürchten ist. Die VzAktie o. St. erfüllt zum Teil die Wünsche derjenigen, die eine Trennung der Aktionäre in stimmberechtigte sog. Verwaltungsaktionäre und stimmrechtlose Finanzaktionäre vorgeschlagen haben. Freilich nur in beschränktem Maße; denn einmal ist die Schaffung von VzAktien o. St. in das Ermessen der Gesellschaft gestellt. Zum anderen aber schreibt § 115 Abs. 2 auch vor, daß solche Aktien nur bis zu einem Gesamtnennbetrag in Höhe der Hälfte des Gesamtnennbetrags der anderen Aktien ausgegeben werden dürfen, so daß also z. B. bei einer Gesellschaft mit einem Grundkapital von 3 Mill. *RM* davon höchstens 1 Mill. *RM* auf VzAktien o. St. entfallen kann; das Gesetz will dadurch verhüten, daß ein Kreis stimmberechtigter Aktionäre auf Kosten der stimmrechtlosen VzAktionäre über das Schicksal des Unternehmens entscheidet, ohne selbst in ausreichendem Maße mit eigenem Kapital beteiligt zu sein.

Das Stimmrecht kann nur solchen Aktien vorenthalten werden, die mit einem nachzahlbaren Vorzug bei der Verteilung des Gewinns ausgestattet werden. Ein anderer Vorzug, etwa ein solcher bei der Verteilung des Gesellschaftsvermögens, genügt nicht. Das Maß des Vorzugs bei der Gewinnverteilung ist gesetzlich weder nach oben noch nach unten begrenzt. Die Gesellschaft hat freie Hand und kann die Ausstattung der Aktien der Lage des Kapitalmarktes anpassen. Aber nachzahlbar muß der Vorzug sein, d. h. die Aktionäre müssen einen Anspruch darauf haben, daß ihnen das, was sie in gewinnlosen oder gewinnarmen Jahren nicht erhalten haben, in ertragreicheren Jahren nachgezahlt wird.

Die VzAktionäre o. St. haben mit Ausnahme des Stimmrechts alle Rechte der anderen Aktionäre. Sie können an der Hauptversammlung teilnehmen, Auskunft verlangen, Minderheitsrechte geltend machen usw. Solange ihnen der Vorzug gewährt werden kann, werden sie ja selten von ihren Rechten Gebrauch machen. Wird aber der Vorzugsbetrag nicht regelmäßig gewährt, so erwächst ihnen zu den anderen Rechten auch das Stimmrecht so lange, bis die Rückstände nachgezahlt sind.

Es leuchtet ein, daß ein derartiges Wertpapier, das für den Besitzer die Vorzüge der Aktie und des Rentenpapiers in sich vereinigt oder wenigstens bei entsprechender Ausstattung vereinigen kann, gerne erworben werden wird. Es ist namentlich für den kleineren Aktionär, der ohnehin nicht daran denken kann, auf die Geschicke der Gesellschaft selbst Einfluß zu nehmen, die gegebene Form der Beteiligung. Aber auch die Vorzugsaktien o. St. können wie alle anderen Aktien grundsätzlich nur mit einem Nennbetrag von mindestens 1000 *RM* ausgegeben werden; ob für sie eher als für stimmberechtigte Aktien eine Ausnahmebewilligung nach § 8 Abs. 2 AktG. in Frage kommen wird, muß die Zukunft lehren.

Wandelschuldverschreibungen und Gewinnschuldverschreibungen (§ 174)

Auch bei ihnen haben wir es mit Zwischenformen zwischen der reinen Schuldverschreibung und der stimmberechtigten Aktie zu tun. Unter Wandelschuldverschreibungen versteht das Aktiengesetz Schuldverschreibungen, bei denen den Gläubigern ein Umtausch- oder Bezugsrecht auf Aktien eingeräumt wird, unter Gewinnschuldverschreibungen solche, bei denen die Rechte der Gläubiger mit Gewinnanteilen von Aktionären — und zwar nicht notwendig von Aktionären gerade der die Anleihe ausgebenden Gesellschaft — in Verbindung gebracht werden. Beide Schuldverschreibungstypen sind schon bisher der Praxis bekannt gewesen und gerade von sehr bedeutenden Aktiengesellschaften in den Dienst der Kapitalbeschaffung gestellt worden. Bisher war es rechtlich möglich, daß die Verwaltung der Aktiengesellschaft allein und ohne Beteiligung der Hauptversammlung solche Schuldverschreibungen schuf; Wandelschuldverschreibungen konnte sie freilich praktisch nur ausgeben, wenn sie sich auf irgendeine Weise die Möglichkeit gesichert hatte, im Umtausch gegen die Schuldverschreibungen Aktien zur Verfügung stellen zu können; der übliche Weg war die Haltung sog. Vorratsaktien. Diese Möglichkeiten werden künftig nicht mehr bestehen. Wandelschuldverschreibungen und Gewinnschuldverschreibungen können künftig nur noch auf Grund eines Hauptversammlungsbeschlusses ausgegeben werden. Der Beschluß bedarf einer Mehrheit, die mindestens drei Viertel des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt; die Satzung kann diese Mehrheit durch eine andere nach dem Grundkapital — also nicht nach der Stimmenzahl — be-

rechnete Mehrheit ersetzen und noch andere Erfordernisse aufstellen. Sind mehrere Gattungen von Aktien vorhanden, so bedarf es außerdem gesonderter Beschlüsse einer jeden Gattung. Schließlich räumt das Gesetz den Aktionären auf die Schuldverschreibungen auch ein **Bezugsrecht** wie auf Aktien ein. Durch diese Regelung sind die Belange der Aktionäre gewahrt, ohne daß man angesichts der Bedeutung, die die Ausgabe derartiger Schuldverschreibungen für die Gesellschaft hat, von einer unbilligen Einengung der Rechte der Verwaltung sprechen könnte. Mit Rücksicht auf die Notwendigkeit einer pfleglichen Behandlung des Kapitalmarktes ist außerdem vorgesehen, daß die Ausgabe von Wandelschuldverschreibungen der Genehmigung der zuständigen Reichsminister bedarf und daß die Ausgabe ohne Genehmigung strafbar ist. Für Schuldverschreibungen auf den Inhaber tritt diese Genehmigung an die Stelle der im § 795 BGB. geforderten. Eine weitere Einschränkung erfährt die Ausgabe von Wandelschuldverschreibungen scheinbar durch die Regelung des Aktiengesetzes über die Vorratsaktien. Diese viel bekämpfte und in der Tat auch viel mißbrauchte Aktienart hat das Gesetz im § 51 zwar nicht verboten, aber unmöglich oder mindestens unschädlich gemacht; nach dieser Bestimmung soll sich nämlich künftig niemand mehr darauf berufen können, daß er bei der Gründung oder einer Kapitalerhöhung Aktien für Rechnung der Gesellschaft oder eines abhängigen Unternehmens erworben habe, und ohne Rücksicht auf Vereinbarungen mit der Gesellschaft oder dem abhängigen Unternehmen auf die volle Einlage haften. (Eine Übergangsvorschrift dazu findet sich im § 6 EGzAktG.). Aber die Einschränkung ist in der Tat nur eine scheinbare; das Gesetz stellt der Gesellschaft ein weit zweckmäßigeres und besseres Mittel für die Sicherung des Umtauschrechtes bei Wandelschuldverschreibungen, als es die Vorratsaktie jemals gewesen ist, in der bedingten Kapitalerhöhung zur Verfügung; über diese vgl. unten.

Gewöhnliche Kapitalerhöhung (§§ 149—158)

Wenden wir uns dem formellen Recht der Kapitalerhöhung zu, so haben wir zunächst die, wie man sie nennen kann, gewöhnliche Kapitalerhöhung der §§ 149 ff. zu erörtern. Sie gleicht im wesentlichen der Rechtseinrichtung, die das HGB. als einzige Form der Kapitalerhöhung kannte. Dem alten Recht (§ 278 HGB.) entsprechen die Bestimmungen über die Erfordernisse des Hauptversammlungsbeschlusses, namentlich über die nötigen Mehrheiten, über die Abstimmung der Aktiengattungen und über die Angabe des Mindestausgabebetrags der Aktien; ferner die Vorschrift, daß grundsätzlich das Kapital nicht erhöht werden soll, solange noch ausstehende Einlagen auf das bisherige Grundkapital in nicht unerheblichem Umfang geleistet werden können. (Über Besonderheiten bei der Kapitalerhöhung zur Durchführung einer Verschmelzung siehe § 237.)

Dem § 270 Abs. 1 HGB. entspricht im wesentlichen § 150 Abs. 1 AktG. über die Festsetzungen, die bei der **Kapitalerhöhung mit Sacheinlagen** im Beschluß enthalten sein müssen. Namentlich versteht das Aktiengesetz unter einer Sacheinlage nach der gesetzlichen Begriffsbestimmung des § 20 AktG. alle „Einlagen, die nicht durch Einzahlung des Nennbetrags oder des höheren Ausgabebetrags der Aktien zu leisten sind", also auch die sog. uneigentliche Sacheinlage des alten Rechts, die dadurch gekennzeichnet ist, daß auf die Einlage „eine Vergütung für Vermögensgegenstände angerechnet wird, welche die Gesellschaft übernimmt". Eine wesentliche Änderung aber bringt § 150 Abs. 2 AktG. gegenüber § 279 Abs. 2 HGB. Beide Vorschriften befassen sich mit den Rechtsfolgen, die eintreten, wenn die nötigen Festsetzungen nicht oder nicht vollständig gemacht werden. Im Anschluß an die Regelung des § 20 AktG. über die Sacheinlage bei der Gründung, auf die in diesem Zusammenhang nicht näher eingegangen werden kann, schreibt § 150 Abs. 2 AktG. vor, daß ohne die vorgeschriebenen Festsetzungen die Vereinbarungen über die Sacheinlage und die Rechtshandlungen zu ihrer Ausführung der Gesellschaft gegenüber unwirksam sind. Wenn aber die Durchführung der Erhöhung des Grundkapitals in das Handelsregister eingetragen und damit nach § 156 AktG. die Kapitalerhöhung wirksam geworden ist, dann wird um des dadurch erzeugten Rechtsscheines willen die Gültigkeit der Erhöhung als solcher durch diese Unwirksamkeit der Vereinbarungen und Ausführungshandlungen nicht berührt; der Aktionär bleibt verpflichtet, den Nennbetrag oder den höheren Ausgabebetrag der Aktien nach den für die Barerhöhung geltenden Grundsätzen einzuzahlen. Die **Unwirksamkeit** kann in diesem Stadium auch nicht mehr durch Satzungsänderung geheilt werden. Die Erhöhung bleibt Barerhöhung; die Zahlung des Viertels der Einlage in den Formen des § 49 Abs. 3 kann freilich nachträglich nicht mehr gefordert werden. Die Gesellschaft ist nicht gehindert, die als Sacheinlage in Aussicht genommenen Gegenstände zu erwerben. Sofern die Voraussetzungen der Nachgründung (§ 45 AktG.) vorliegen, namentlich die Zweijahresfrist seit der Eintragung der Gesellschaft noch nicht abgelaufen ist, müssen die Formen der Nachgründung eingehalten werden, muß also namentlich eine Prüfung durch besondere Prüfer stattfinden. Dagegen hat das Gesetz davon abgesehen, für die Kapitalerhöhung mit Sacheinlagen als solche eine derartige Prüfung vorzusehen und sich zunächst auf eine summarische Prüfung durch den Registerrichter (vgl. darüber unten) beschränkt; daneben steht aber den Aktionären die Möglichkeit offen, im Wege der Sonderprüfung der §§ 118—121 AktG. Vorgänge der Kapitalbeschaffung nachträglich prüfen zu lassen.

Angemeldet wird der Beschluß über die Erhöhung künftig nicht mehr von allen Mitgliedern des Vorstands und des Aufsichtsrats. Es genügt die Anmeldung durch „den Vorstand", d. h. eine zur Vertretung der Gesellschaft berechtigte Zahl von Vorstandsmitgliedern, und den Vorsitzer des Aufsichtsrats oder seinen Stellvertreter. Wie bisher sind in der Anmeldung Angaben zu machen über die rückständigen Einlagen auf das Grundkapital; falsche Angaben werden bestraft. Neu ist die Vorschrift, daß das Gericht **die Eintragung ablehnen** kann — und muß —, wenn es offensichtlich ist, daß der Wert der Sacheinlage hinter dem Nennbetrag der dafür zu gewährenden Aktien zurückbleibt.

Die Bestimmungen über die **Zeichnung** der neuen Aktien entsprechen — von unwesentlichen Ergänzungen abgesehen — dem geltenden Recht.

Auch nach dem Aktiengesetz steht den Aktionären auf die neuen Aktien ein **Bezugsrecht** zu; daß es ihnen darüber hinaus auch auf Wandelschuldverschreibungen und Gewinnschuldverschreibungen eingeräumt ist, wurde bereits oben erwähnt; selbst auf Genußrechte wird es ihnen durch § 174 zugestanden. Der **Ausschluß des Bezugsrechts** ist erschwert worden. Zwar kann es nach wie vor ganz oder teilweise im Erhöhungsbeschluß ausgeschlossen werden. Aber dann bedarf der Beschluß mindestens einer Mehrheit, die drei Viertel des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt; die Satzung kann diese Mehrheit nur durch eine größere Kapitalmehrheit ersetzen. Außerdem kann der Beschluß dann nur gefaßt werden, wenn die Ausschließung des Bezugsrechts ausdrücklich zwei Wochen vor dem Tage der Hauptversammlung angekündigt worden ist. Diese Vorschriften sind dahin auszulegen, daß sie nur den tatsächlichen Ausschluß des Bezugsrechts erschweren wollen. Schließt die Gesellschaft, wie dies häufig der Fall ist, lediglich der Form nach das Bezugsrecht ihrer Aktionäre aus, und überläßt sie die Aktien einer leistungsfähigen und vertrauenswürdigen Bank, die sich ihrerseits verpflichtet, sie den Aktionären nach dem Maße ihrer Beteiligung anzubieten, dann ist in dieser Maßnahme, wenn auch sonst keine Erschwerungen für die Ausübung des Bezugsrechts vorgesehen sind, keine Ausschließung des Bezugsrechts im Sinne des § 153 AktG. zu sehen.

Rechte auf den Bezug neuer Aktien können **Dritten** nur unter Vorbehalt des Bezugsrechts der Aktionäre **zugesichert** werden und nicht vor dem Beschluß über die Erhöhung des Grundkapitals (§ 154). Die alten **Gründerbezugsrechte**, deren rechtlichen Fortbestand schon die Entscheidung des RG. v. 7. Febr. 1936 (DJ. 614) verneint hatte, werden nunmehr durch § 12 EGzAktG. auch ausdrücklich außer Kraft gesetzt.

Die Bestimmungen über die Anmeldung, die Eintragung und die Bekanntmachung der Durchführung der Kapitalerhöhung, über die Verbindung der Anmeldungen und Eintragungen des Erhöhungsbeschlusses und der Durchführung der Erhöhung und über das Verbot der Ausgabe und Übertragung junger Aktien vor der Eintragung der Durchführung sind im wesentlichen dem geltenden Recht nachgebildet. Auch bei der Anmeldung der Durchführung brauchen nur Vorstandsmitglieder in zur Vertretung der Gesellschaft hinreichender Zahl und der Vorsitzer des Aufsichtsrats mitzuwirken; auch die Eintragung der Durchführung kann der Registerrichter wegen Überbewertung von Sacheinlagen ablehnen; die Übertragung der neuen Aktien vor der Eintragung der Durchführung der Erhöhung ist künftig schlechthin, nicht mehr nur der Gesellschaft gegenüber unwirksam.

§ 156 AktG. entscheidet eine in Schrifttum und Rechtsprechung streitige Frage, indem er klarstellt, daß mit der Eintragung der Durchführung der Erhöhung des Grundkapitals das Grundkapital im Rechtssinn erhöht ist. Von diesem Augenblick an hat es also z. B. auf der Passivseite der Jahresbilanz in der neuen Höhe zu erscheinen.

Bedingte Kapitalerhöhung (§§ 159—168)

In Fortführung einer durch die 8. DurchfVO. zu den Vorschriften über die Kapitalherabsetzung in erleichterter Form v. 14. März 1934 geschaffenen Rechtseinrichtung regelt das Aktiengesetz die bedingte Kapitalerhöhung. Die Hauptversammlung kann eine Erhöhung des Grundkapitals beschließen, die nur so weit durchgeführt werden soll, wie von einem unentziehbaren Umtausch- oder Bezugsrecht Gebrauch gemacht wird, das die Gesellschaft auf die neuen Aktien einräumt. Die bedingte Kapitalerhöhung soll nur zum Zweck der Gewährung von Umtausch- oder Bezugsrechten an die Gläubiger von Wandelschuldverschreibungen (s. oben) oder zur Vorbereitung einer Verschmelzung erfolgen; in beiden Fällen ist sie geeignet, die bisher vielfach verwandten Vorratsaktien zu ersetzen. Das Grundkapital darf nicht unbeschränkt bedingt erhöht werden; der Nennbetrag des bedingten Kapitals darf nicht höher sein als die Hälfte des zur Zeit des Beschlusses vorhandenen echten Grundkapitals; ein dagegen verstoßender Beschluß wäre nichtig.

Die Rechte der Bezugs- oder Umtauschberechtigten sind dadurch besonders gesichert, daß ein dem Beschluß über die bedingte Kapitalerhöhung entgegenstehender Beschluß der Hauptversammlung, namentlich also ein Beschluß über die Aufhebung der bedingten Kapitalerhöhung nichtig ist.

Der Beschluß bedarf einer Mehrheit, die mindestens drei Viertel des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt; die Satzung kann diese Mehrheit nur durch eine größere Kapitalmehrheit ersetzen. Im Beschluß sind der Zweck der bedingten Kapitalerhöhung und der Kreis der Bezugsberechtigten (also etwa: die Gläubiger der auszugebenden Wandelschuldverschreibungen oder die später einmal aufzunehmende Gesellschaft und ihre Aktionäre) sowie der Ausgabebetrag der Aktien anzugeben. § 161 regelt die bedingte Kapitalerhöhung mit Sacheinlagen entsprechend der gewöhnlichen Kapitalerhöhung mit Sacheinlagen; aber die Hingabe von Schuldverschreibungen gegen Aktien gilt nicht als Sacheinlage in diesem Sinne; die Vorschriften werden also hauptsächlich bei der bedingten Kapitalerhöhung zur Vorbereitung einer Verschmelzung zu beachten sein.

Während bei der gewöhnlichen Kapitalerhöhung erst die Eintragung der Durchführung der Erhöhung Rechtswirkungen äußert und erst nach ihr die neuen Aktien ausgegeben werden dürfen, ist bei der bedingten Kapitalerhöhung das Grundkapital bedingt bereits mit der Eintragung des Beschlusses erhöht; nach dieser Eintragung können die neuen Aktien (Bezugsaktien) ausgegeben werden, und mit der Ausgabe der Bezugsaktien ist das Grundkapital erhöht. Die Eintragung der Ausgabe der Bezugsaktien hat danach keine rechtsändernde Bedeutung mehr. Sobald das Grundkapital bedingt erhöht ist (d. h. der Beschluß eingetragen ist), ist es nach § 131 Abs. 1 B I in der Jahresbilanz zu vermerken; sobald die Bezugsaktien ausgegeben sind, ist der Passivposten „Grundkapital" in der Jahresbilanz zu ändern.

Aus diesem Strukturunterschied gegenüber der gewöhnlichen Kapitalerhöhung erklärt es sich, daß bereits bei der Anmeldung des Beschlusses Nachweise erbracht werden müssen, die bei der gewöhnlichen Kapitalerhöhung erst bei der Anmeldung der Durchführung verlangt werden (§ 162).

Bezogen werden die Aktien nach § 165 durch eine Bezugserklärung, die in allen wesentlichen Punkten dem Zeichnungsschein der gewöhnlichen Kapitalerhöhung entspricht. Wird die Bezugserklärung abgegeben, so hat der Vorstand die Bezugsaktien auszugeben, und mit der Ausgabe wird das bedingte Kapital zum echten Grundkapital. Die Ausgabe darf nur in Erfüllung des im Beschluß festgesetzten Zweckes und nicht vor der vollen Leistung des Gegenwertes erfolgen. § 166 Abs. 2 bringt eine Sondervorschrift, die beim Umtausch gegen Schuldverschreibungen die Ausgabe von Aktien unter dem Nennbetrag verhindern soll. Bei Ausgabe über dem Nennbetrag muß das Aufgeld nach § 130 in die gesetzliche Rücklage eingestellt werden; näher kann hier auf die zum Teil recht verwickelten Berechnungsvorschriften nicht eingegangen werden.

Spätestens innerhalb eines Monats nach Ablauf des Geschäftsjahres hat der Vorstand zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden, in welchem Umfang im abgelaufenen Geschäftsjahr Bezugsaktien ausgegeben worden sind. Über die gleiche Frage hat er nach § 128 Abs. 2 Nr. 3 im Geschäftsbericht Auskunft zu geben. Da die Eintragung keine rechtsändernde, sondern nur rechtsbekundende Bedeutung hat, wird die Anmeldung durch Ordnungsstrafe erzwungen.

Genehmigtes Kapital (§§ 169—173)

Das genehmigte Kapital stellt wie die bedingte Kapitalerhöhung einen Ersatz für die Vorratsaktien dar. Dabei ist es vielseitiger verwendbar als die bedingte Kapitalerhöhung, die nur für bestimmt umrissene Zwecke vorgenommen werden darf (s. oben).

Unter genehmigtem Kapital versteht das Aktiengesetz die in der ursprünglichen Satzung enthaltene oder durch Satzungsänderung geschaffene Ermächtigung für den Vorstand, das Grundkapital bei sich bietender Gelegenheit bis zu einem bestimmten Nennbetrag durch Ausgabe neuer Aktien gegen Einlagen ohne Befragung der Hauptversammlung zu erhöhen. Die Einführung des genehmigten Kapitals ändert also nichts an dem Grundsatz des deutschen Aktienrechts, daß die Aktiengesellschaft ständig ein ziffernmäßig bestimmtes Grundkapital haben muß; denn solange der Vorstand von der Ermächtigung keinen Gebrauch gemacht hat, bleibt die alte Grundkapitalziffer unverändert.

Die Satzung kann den Vorstand für höchstens fünf Jahre ermächtigen. Auch eine Satzungsänderung kann die Ermächtigung nur für diesen Zeitraum — gerechnet von der Eintragung der Änderung — gewähren. Der Beschluß der Hauptversammlung, der diese Satzungsänderung vornimmt, bedarf einer Mehrheit von mindestens drei Vierteln des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals; die Satzung kann diese Mehrheit nur durch eine größere Kapitalmehrheit ersetzen. Der Nennbetrag des genehmigten Kapitals ist ebenso begrenzt wie der des bedingten Kapitals, darf also die Hälfte des zur Zeit der Ermächtigung vorhandenen Grundkapitals nicht überschreiten. Bestimmungen der Satzung über das genehmigte Kapital sind ihrem Inhalt nach in das Handelsregister einzutragen (§§ 32, 148); im Geschäftsbericht sind nähere Angaben zu machen (§ 128 Abs. 2 Nr. 4).

Die Ermächtigung kann die Bedingungen, unter denen die neuen Aktien ausgegeben werden sollen, eingehend regeln, also z. B. Bestimmungen treffen über das Bezugsrecht der Aktionäre, den Nennbetrag und den Ausgabebetrag der Aktien usw. Macht sie von dieser Möglichkeit keinen Ge-

brauch, so bestimmt der Vorstand über all diese Fragen; er kann dann also namentlich auch das **Bezugsrecht** der Aktionäre **ausschließen**. Er soll seine Entscheidung nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats treffen, doch ist dies kein Wirksamkeitserfordernis.

Gezeichnet werden die neuen Aktien mittels Zeichnungsscheins, wie bei der gewöhnlichen Kapitalerhöhung. Auch für die **Anmeldung** und die **Eintragung** der Durchführung der Erhöhung gelten die Bestimmungen der gewöhnlichen Kapitalerhöhung. Auch beim genehmigten Kapital wird die **Erhöhung erst mit der Eintragung der Durchführung wirksam**; mit der Eintragung verwandelt sich das genehmigte Kapital in echtes Grundkapital, der Passivposten „Grundkapital" der Jahresbilanz erhöht sich. Vor der Eintragung der Durchführung können die neuen Aktien nicht ausgegeben und nicht übertragen werden.

Sind **VzAktien v. St.** ausgegeben, so können Aktien mit vorhergehenden oder gleichstehenden Rechten nur ausgegeben werden, wenn die Ermächtigung dies vorsieht; dabei bedarf der Hauptversammlungsbeschluß der Zustimmung der VzAktionäre nach § 117; das Bezugsrecht der VzAktionäre kann weder von der Hauptversammlung noch vom Vorstand ausgeschlossen werden.

Gegen **Sacheinlagen** kann der Vorstand das Kapital nur erhöhen, wenn die Ermächtigung dies vorsieht. Die nötigen Festsetzungen können in der Ermächtigung enthalten sein; sind sie es nicht, so hat der Vorstand sie zu treffen; jedenfalls sind sie in den Zeichnungsschein aufzunehmen. Wird gegen die Pflicht zur Festsetzung oder zur Aufnahme in den Zeichnungsschein verstoßen, so gilt Entsprechendes wie bei der gewöhnlichen Kapitalerhöhung gegen Sacheinlagen. Auch das Prüfungsrecht des Registerrichters ist dasselbe wie bei ihr. Besondere Bestimmungen sind für den Fall getroffen, daß vor Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister Vereinbarungen getroffen worden sind, nach denen auf das genehmigte Kapital eine Sacheinlage zu leisten ist; dann muß die Satzung die nötigen Festsetzungen enthalten und kann sie nicht dem Vorstand überlassen. Der Vorstand hat, wenn er von der Ermächtigung Gebrauch macht, einen dem Gründungsbericht nachgebildeten Bericht zu erstatten und die ganze Kapitalerhöhung ist durch Vorstand, Aufsichtsrat und durch besondere Prüfer zu prüfen. Der Registerrichter hat in diesem Falle das Recht, die Eintragung der Durchführung der Erhöhung abzulehnen nicht nur dann, wenn die Überbewertung der Sacheinlagen offensichtlich ist, sondern auch dann, wenn die Prüfer gegen die Angemessenheit der Bewertung Bedenken äußern.

Aktiengesetz

1. Das AktienG. v. 30. Jan. 1937 (RGBl. I, 107) und das EinführungsG. dazu vom gleichen Tage (RGBl. I, 166) treten nach § 1 Abs. 1 EinführungsG. am 1. Aug. 1937 in Kraft.

Schon vor diesem Zeitpunkt sollen aber nach § 1 Abs. 2 EinführungsG. i. Verb. m. § 7 AktienG. AktG. und KommGes. a. A. mit einem Grundkapital von weniger als 500 000 RM nur dann noch in das Handelsregister eingetragen werden, wenn die Genehmigung des RJM. nachgewiesen wird. Dies gilt sinngemäß für Satzungsänderungen, durch die Mehrstimmrechte geschaffen werden sollen (§ 1 Abs. 2 EinführungsG. i. Verb. m. § 12 AktienG.). Darauf werden die Registergerichte besonders hingewiesen.

2. Die amtliche Begründung zu den Gesetzen ist in der Nr. 28 des Deutschen Staatsanzeigers v. 4. Febr. 1937 veröffentlicht.

(AV. des RJM. v. 3. Febr. 1937 [3501/2 — Va⁶ 214]. — DJ. 1937, 177.)

Die Neugestaltung des Depotrechts

Von Rechtsanwalt Dr. **Georg Opitz**, Berlin

An Stelle des Bankdepotgesetzes (Gesetzes, betreffend die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere) v. 5. Juli 1896 i. d. Fass. v. 21. Nov. 1923 tritt am 1. Mai 1937 das Gesetz über die Verwahrung und Anschaffung von Wertpapieren v. 4. Febr. 1937 (RGBl. I, 171—178). Zum neuen Gesetz ist im RAnz. Nr. 29 v. 5. Febr. 1937 eine ausführliche Begründung veröffentlicht, die in Teil I die allgemeinen Grundgedanken und den Aufbau wiedergibt und in Teil II sich zu den einzelnen 43 Vorschriften (früher 14) ausführlich und lehrbuchartig äußert und so eine klare und übersichtliche Einführung in das nun einmal schwierige Rechtsgebiet gibt.

Wenn die Begründung bescheiden von einer organischen Ausgestaltung und Fortentwicklung des geltenden Depotrechts spricht, so erscheint das fertige Werk, das nach sorgsamer und gründlicher Ausarbeitung unter steter Fühlungnahme mit der Praxis entstanden ist, im wesentlichen als selbständige neue Gestalt, entsprechend dem Wandel von Rechts- und Wirtschaftsauffassung, wie er durch den Durchbruch nationalsozialistischer Weltanschauung bedingt ist.

Der Kreis der geschützten Werte ist derselbe geblieben (§ 1 Abs. 1). Dazugekommen sind die Zins- und Gewinnanteilscheine sowie die Reichsbankanteilscheine[1]), und ferner ist für die Fälle, in denen Kaufleute als Treuhänder Wertpapiere für Dritte besitzen oder erwerben oder Beteiligungen oder Gläubigerrechte erwerben oder in öffentliche Schuldbücher oder Register eingetragen sind[2]), in Aussicht genommen, daß für solche Werte die Anwendung des DepG. durch den RJM. im Einvernehmen mit dem RWiM. und dem RFM. vorgeschrieben werden kann (§ 42 Abs. 1). Auch bei der Vorschrift der getrennten Aufbewahrung ist es — grundsätzlich — geblieben (§ 2). Ebenso ist der besondere Buchungszwang beibehalten, aber beträchtlich verschärft worden (§ 14). Es muß ein Verwahrungsbuch geführt werden. Die Nummern müssen wieder[3]) festgehalten werden. Der Tatbestand einer Drittverwahrung (§ 3), Sammelverwahrung (§§ 5 ff.), Tauschverwahrung (§§ 10, 11), Weiterverpfändung (§ 12) und Aneignungsermächtigung (§ 13) muß aus dem Verwahrungsbuch zu ersehen sein, damit die mit der Depotprüfung betrauten Stellen diese Geschäftsvorfälle leicht überwachen können.

Auch das Konkursvorrecht (§ 7a DepG. 96) ist übernommen, aber nach verschiedenen Richtungen hin ausgestaltet. Neben den Kommittenten sind nun (§ 32) auch die Hinterleger und Verpfänder bevorrechtigt, deren Eigentum oder Miteigentum an Wertpapieren durch eine rechtswidrige Verfügung des Verwahrers, Pfandgläubigers oder ihrer Leute verletzt worden ist. Das Vorrecht gilt ohne Rücksicht darauf, ob der Kommissionär durch Selbsteintritt ausgeführt hat, und auch im Geschäftsbereich des Eigenhandels. Am Konkursvorrecht nehmen nicht nur die teil, die ihre Verbindlichkeiten voll erfüllt hatten, sondern auch diejenigen, die bei Konkurseröffnung nicht mehr als 10% des Werts ihres Wertpapieranspruchs schuldeten und ihre Schuld binnen einer Woche nach Aufforderung des Konkursverwalters beglichen haben. Die bevorrechtigten Forderungen werden fortan aus einer Sondermasse beglichen, die aus den in der Masse vorhandenen Wertpapieren derselben Art und aus den Ansprüchen auf Lieferung solcher

[1]) Mit Rücksicht auf die nach ihrer Satzung nur schlichte Übertragungswirkung ihrer Indossamente (vgl. **Opitz**: BankArch. XXIX, 450; RGZ. 22, 185).

[2]) Beispiele: Der Schuldbuchgiroverkehr der Bank des Berliner Kassenvereins; der Treuhandgiroverkehr in Kuxen des Düsseldorfer Kassenvereins; der Jungscheinverkehr; vgl. **Opitz**: BankArch. XXVI, 242/43.

[3]) Wie vor der Novelle von 1923. Die Festhaltung in Verzeichnissen, die neben dem Verwahrungsbuch geführt werden, genügt.

Wertpapiere gebildet wird. Die Sondermasse ist in Natur zu verteilen, und soweit das nicht möglich ist, wird der volle Erlös unter die Bevorrechtigten im Verhältnis ihrer Forderungsbeträge verteilt. Dadurch wird klargestellt, daß die Bevorrechtigten im Fall einer Kurssteigerung der Papiere nicht mehr auf einen dem Wert zur Zeit der Konkurseröffnung entsprechenden Geldbetrag verwiesen werden dürfen[4]), sondern daß eine Kurssteigerung zugunsten der Bevorrechtigten wirkt; ein Kursrückgang allerdings zu ihren Lasten.

Die Strafvorschriften sind ohne wesentliche Veränderungen übernommen (§§ 34—40). Bemerkenswert ist die Erweiterung des Strafrahmens in Angleichung an § 266 Abs. 2 StGB. (§ 34 Abs. 2 DepG.), ferner die beträchtliche Erweiterung des Kreises der Verwaltungsträger juristischer Personen (§ 39, bisher § 12). Außer den Mitgliedern des Vorstands einer Aktiengesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft, den Geschäftsführern einer GmbH. sowie den Abwicklern einer Handelsgesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft sind jetzt noch die Mitglieder des Vorstands eines Vereins, einer Körperschaft, einer Stiftung oder Anstalt des öffentlichen Rechts, die persönlich haftenden Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft und die Abwickler sowie die Geschäftsleiter von Unternehmen dieser Art aufgezählt.

Bis dahin kann man von einem organischen Ausbau des Bestehenden sprechen. Die weiteren noch zu erörternden Bestimmungen sind Neugestaltungen oder doch so erhebliche Umgestaltungen, daß sie im wesentlichen als neu anzusprechen sind.

Verwahrer im Sinn des neuen Gesetzes ist ein Kaufmann, dem im Betrieb seines Handelsgewerbes Wertpapiere unverschlossen zur Verwahrung[5]) anvertraut werden (§ 1 Abs. 2). Damit ist der Begriff des Verwahrers im Sinn des neuen DepG. festgelegt. Auch der Minderkaufmann (§ 4 HGB.) kann Verwahrer sein, da eine § 13 DepG. 96 entsprechende Ausnahmebestimmung fehlt.

Der Verwahrer, der die ihm anvertrauten Wertpapiere durch einen anderen Verwahrer aufbewahren läßt, ist Zwischenverwahrer, der andere Drittverwahrer (§ 3)[6]). Dem Verwahrer ist Drittverwahrung erlaubt[7]). Er wird dann Hinterleger[8]). Der Zwischenverwahrer haftet für ein Verschulden des Drittverwahrers wie für eigenes Verschulden. Von dieser Haftung kann er sich befreien lassen[9]). Trotz Befreiung bleibt er für die Auswahl des Drittverwahrers verantwortlich. Auch diese Verantwortung entfällt, wenn der Zwischenverwahrer den Drittverwahrer auf ausdrückliche Weisung des Depotkunden beauftragte.

Im Rahmen der Drittverwahrung ist die Fremdanzeige von Bank zu Bank (§ 8 DepG. 96) der Fremdvermutung gewichen (§ 4)[10]). Für den Zentralbankier gelten also alle Wertpapiere oder Sammeldepotanteile (§ 9), die ihm von einem Lokalbankier anvertraut sind, als diesem nicht gehörig (fremde). Das gilt auch für das Anschaffungsgeschäft. Da wirkt sich die Fremdvermutung so aus, daß im Verkehr von Bank zu Bank alle Anschaffungen — im Kommissionsgeschäft mit oder ohne Selbsteintritt und im Eigenhandel[11]) — als für fremde Rechnung getätigt gelten. Die Einführung der Fremdvermutung bringt eine wesentliche Verbesserung des Kundenschutzes. Sie wirkt automatisch. Sie verhindert im Keim die Entstehung eines Pfand- oder Zurückbehaltungsrechts, da wo es nicht entstehen soll. Sie wirkt ohne Zutun des Zwischenverwahrers. Sie ist nicht widerlegbar; außer durch Eigenanzeige (§ 4 Abs. 2). Diese steht unter Strafschutz (§ 35)[12]).

Fremdvermutung und Fremdanzeige haben die Wirkung, daß der Drittpfandnehmer — ohne unmittelbaren Rechtsschutz nach §§ 932 ff. BGB. — nur ein ganz beschränktes Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht erwerben oder geltend machen kann, nämlich nur wegen solcher Forderungen, die mit Bezug auf die ihm anvertrauten Wertpapiere oder Sammeldepotanteile entstanden sind. Das sind im Hinterlegungsgeschäft Auslagen und Aufwendungen auf die Wertpapiere. Beim Zentralbankier werden die Wertpapiere und Sammeldepotanteile auf Depotkonto „B"[13]) verbucht[14]). Dieses Depot ist vom Zentralbankier auch fortan zu führen für die ihm anvertrauten Werte, zu denen eine wirksame Verpfändung an ihn nicht erfolgt.

Eine wirksame Verpfändung kann nur erfolgen, wenn der Verpfänder (Zwischenverpfänder) erklärt, daß er von seinem Depotkunden zur Verpfändung der Wertpapiere oder Sammeldepotanteile mit der Tragweite ermächtigt ist, mit der er sie verpfändet (§ 4 Abs. 1 Satz 2 zweite Alternative), und wenn seine Erklärung stimmt oder der Drittpfandnehmer ohne grobe Fahrlässigkeit die Erklärung für wahr halten darf[15]). Eine allgemeine Erklärung des Lokalbankiers, daß er über die Wertpapiere oder Sammeldepotanteile zu verfügen berechtigt sei (§ 366 HGB.), darf der Zentralbankier nicht mehr genügen lassen, denn die bisher in der Praxis angewandte und ausgenutzte Ermächtigung zur Verfügung zu eigenem Nutzen wird durch das neue Gesetz depotrechtlich beseitigt und löst sich im Sprachgebrauch des neuen Gesetzes auf in die Ermächtigung zur Verpfändung einerseits und in die Ermächtigung zur Verfügung über das Eigentum andererseits[16]). Der Zentralbankier, der seinen Pfanderwerb sichern will, muß sich nach dem neuen Gesetz vom Lokalbankier versichern lassen, daß dieser je nach dem gewählten Pfanddepot zur unbeschränkten, zur üblichen oder zur beschränkten Verpfändung der Wertpapiere ermächtigt sei (§ 12). Solange er eine solche verläßliche Erklärung nicht hat, kann er mit einem gutgläubigen Pfanderwerb nicht rechnen (Ermächtigungszwang). Die Erklärung des Lokalbankiers über die ihm erteilte Ermächtigung unterliegt keiner Formstrenge, muß aber zu dem jeweiligen Verpfändungsgeschäft einzeln erteilt werden.

Das neue Gesetz kennt, wie schon bemerkt, drei Arten der Weiterverpfändung (§ 12). Der Zwischenverwahrer darf nur

---

[4]) Vgl. JW. 1933, 2351 (OLG. Nürnberg)

[5]) Oder als Pfand (§ 17).

[6]) Zweigstellen eines Verwahrers gelten sowohl untereinander als auch in ihrem Verhältnis zur Hauptstelle als verschiedene Verwahrer (§ 3 Abs. 1 Satz 2), aber nur i. S. von § 3 Abs. 1 Satz 1. Es gilt also z. B. im Verkehr von Zweigstellen untereinander keine Fremdvermutung (§ 4 Abs. 1). Man braucht nicht zu vermuten, was man weiß.

[7]) Auch ohne Ermächtigung des Depotkunden.

[8]) D. h. die Hinterlegung beim Drittverwahrer erfolgt auf den Namen des Zwischenverwahrers. Bei einem Dritten, der nicht Verwahrer i. S. des § 1 Abs. 2 ist, darf der Verwahrer die Wertpapiere nicht drittverwahren lassen.

[9]) Formlos und generell, z. B. durch Abrede in den Geschäftsbedingungen.

[10]) Nach dem Vorbild von § 7 Abs. 2 Satz 2 GeschO. der Wertpapiersammelbanken; vgl. Opitz: BankArch. XXVII, 196 Anm. 7; jetzige Fassung von § 7 Abs. 2 Satz 2 GeschO.: „Sie behandelt die hinterlegten Papiere, als wenn ihr von dem Kontoinhaber eine Mitteilung gemäß § 8 Abs. 1 des Bankdepotgesetzes gemacht worden wäre."

[11]) Vgl. § 31.

[12]) Die Fremdanzeige ist nur für den Fall geblieben, daß der Zwischenverwahrer nicht Bank- oder Sparkassengeschäfte betreibt (§ 1 KWG.), die Fremdvermutung also nicht gilt (§ 4 Abs. 3 DepG.). Unterlassen der Fremdanzeige eigenen oder fremden Vorteils wegen macht straffällig (§ 35).

Der Zentralbankier hat auf eigene Verantwortung zu prüfen, ob er einem Hinterleger gegenübersteht, der Bank- oder Sparkassengeschäfte i. S. von § 1 KWG. betreibt und ob demgemäß die Rechtsvermutung zum Zug kommt.

[13]) Wegen Depot „A" und Depot „B" vgl. die Beschlüsse vom 21. Juli 1896 der Vereinigung Berliner Banken und Bankiers (Stempelvereinigung), in der Rechtsprechung wiederholt erwähnt, z. B. RGZ. 41, 35; 68, 133; 71, 339 = JW. 1909, 474 = BankArch. VIII, 334; RGSt. 37, 226.

[14]) Die genannten Forderungen, die mit Bezug auf die Wertpapiere entstanden sind, werden, wenn der Drittverwahrer mit dem Zwischenverwahrer in laufendem Geschäftsverkehr steht, auf laufender Rechnung verbucht. Dadurch braucht das Pfandrecht nach § 4 Abs. 1 Satz 2 erste Alternative nicht unterzugehen (vgl. § 356 HGB.; RGZ. 76, 334; BankArch. VII, 203 = Recht 1908 Beilage 2).

[15]) Vgl. wegen der Inhaberpapiere §§ 1293, 1207 BGB.; § 366 HGB.; §§ 932 ff. BGB.; RGZ. 68, 134; 71, 339 = JW. 1909, 474 = BankArch. VIII, 334; RGZ. 117, 95 = JW. 1927, 1683. Wegen der Orderpapiere vgl. §§ 1292, 1274 BGB.; §§ 364, 365 Abs. 1 HGB.; Art. 16 WG.; RGZ. 103, 89 = JW. 1922, 290[8]; wegen der Sammelbestandanteile vgl. Opitz: JW. 1926, 478/79; ders.: BankArch. XXVII, 195 ff. und XXIX, 451 und 482 ff.

[16]) Vgl. Begründung zu § 13.

dann die ihm anvertrauten Wertpapiere nach der einen oder anderen der drei Arten verpfänden, wenn er eine einschlägige Ermächtigung vom Depotkunden hat. Die drei zugelassenen Verpfändungsarten sind:

1. der Regelfall nach § 12 Abs. 2 (übliche Verpfändung),
2. die Verpfändung nach § 12 Abs. 3 (beschränkte Verpfändung),
3. die Verpfändung nach § 12 Abs. 4 (unbeschränkte Verpfändung).

Zu 3. Von diesen Verpfändungsarten entspricht die unbeschränkte, die unter großer Formstrenge[17]) im neuen Gesetz als Ausnahme zugelassen ist, der Verpfändung, die bisher die Regel war[18]). Die Wertpapiere oder Sammeldepotanteile haften dann für alle Verbindlichkeiten des Zwischenverwahrers (Zwischenverpfänders) ohne Rücksicht auf die Veranlassung ihrer Entstehung und ohne Rücksicht auf die Höhe des dem Depotkunden eingeräumten Kredits. Nach der bisherigen Praxis wurden die so verpfändeten Wertpapiere oder Sammeldepotanteile in Depot „A" verbucht[13]). Die bisher zum Weiterverpfändungsgeschäft in der Frage des gutgläubigen Pfanderwerbs ergangene Rechtsprechung[19]) behält daher für die unbeschränkte Verpfändung ihre Bedeutung (§ 12 Abs. 2 mit § 4 Abs. 1 Satz 2 letzter Halbsatz), abgesehen von der Frage der Beweislast.

Zu 2. Die beschränkte Verpfändung (§ 12 Abs. 3) war auch im Rahmen des bisherigen Depotrechts zulässig[20]), kam aber in der Praxis nur ganz selten vor. Sie soll auch in Zukunft nur ganz ausnahmsweise vereinbart werden[21]). Angesichts der neugeschaffenen üblichen Verpfändung (vgl. Nr. 1) besteht auch kein Bedürfnis dafür.

Bei der beschränkten Verpfändung haften die an den Drittverwahrer weitergegebenen Wertpapiere und Sammeldepotanteile eines bestimmten Depotkunden nicht in ihrer Gesamtheit und nicht für alle Verbindlichkeiten des Lokalbankiers (Zwischenverwahrers, Zwischenverpfänders), sondern von den drittverwahrten Wertpapieren und Sammeldepotanteilen eines bestimmten Depotkunden haften bestimmte Wertpapiere oder Sammeldepotanteile für eine bestimmte Verbindlichkeit des Lokalbankiers, nämlich für die Verbindlichkeit, die er im eigenen Namen eingegangen ist für Rechnung des Depotkunden zum Zweck der Refinanzierung eines von ihm für den Depotkunden auf Wertpapiere eingeräumten[22]) Kredits, also — nach der Ausdrucksweise des Gesetzes — für den betreffenden Rückkredit. Man kann die beschränkte Verpfändung auch Sonderverpfändung und den damit gesicherten Rückkredit Sonderrückkredit nennen.

Zu 1. Diese Verpfändungsart ist neu, einschließlich der konkursrechtlichen Vorschrift des § 33 DepG. Auch bei der üblichen Verpfändung (§ 12 Abs. 2) werden bestimmte Wertpapiere oder Sammeldepotanteile verpfändet und auch zur Sicherung einer bestimmten Verbindlichkeit des Lokalbankiers (Rückkredit), aber im übrigen unterscheidet sich die übliche Verpfändung u. a. dadurch von der beschränkten, daß bei der üblichen Verpfändung der Rückkredit im ganzen für Rechnung verschiedener Depotkunden genommen wird und daß zur Sicherung dieses Rückkredits Wertpapiere oder Sammeldepotanteile verpfändet werden, die diese verschiedenen Depotkunden dem Lokalbankier anvertraut haben. Die Haftung der Wertpapiere oder Sammeldepotanteile für Verbindlichkeiten, die mit dem so gesicherten Rückkredit[23]), also für die deswegen eingegangene abgegrenzte Verbindlichkeit, nicht im Zusammenhang stehen, ist ausgeschlossen. Nur untereinander befinden sich die verschiedenen Depotkunden des Lokalbankiers mit ihren Wertpapieren und Sammeldepotanteilen in einer Gefahrengemeinschaft, die aber zu keinem Verlust führen kann, solange der Lokalbankier zahlungsfähig ist und im Fall seines Konkurses solange die nach § 33 zu bildende Sondermasse ausreicht[24]).

Allen drei Verpfändungsarten, zu denen sich die Formstrenge von der beschränkten über die übliche zur unbeschränkten steigert, ist gemeinsam (§ 12 Abs. 1):

a) daß die Verpfändung nur auf Grund einer Ermächtigung erfolgen darf. Man kann diesen Grundsatz Ermächtigungszwang nennen;
b) daß sie nur im Zusammenhang mit einer Krediteinräumung für den Hinterleger erfolgen darf[25]). Man kann diesen Grundsatz Kreditverstrickung nennen;
c) daß sie nur an einen Verwahrer im Sinne des § 1 Abs. 2 des Gesetzes erfolgen darf. Man kann diesen Grundsatz Gläubigereignung nennen.
d) Dazu kommt (§ 12 Abs. 5), daß der Verwahrer die Verpfändungsermächtigung so, wie sie ihm gegeben ist, an den Drittpfandnehmer weitergeben kann, um diesen wiederum in die Lage zu versetzen, sich seinerseits refinanzieren zu können. Man kann diesen Grundsatz Weiterermächtigungsrecht nennen.

Diese vier Grundsätze gelten also für die unbeschränkte Verpfändung wie für die übliche und für die beschränkte. Zu diesen vier Grundsätzen kommen bei der üblichen und bei der beschränkten Verpfändung noch folgende Grundsätze zur Anwendung:

1. Der Lokalbankier darf Rückkredit nur bis zu der Summe nehmen, die er als Kredit für seinen Depotkunden eingeräumt hat (beschränkte Verpfändung) oder die er zusammengerechnet seinen verschiedenen Depotkunden als Kredite eingeräumt hat (übliche Verpfändung). Man kann diesen Grundsatz als den der Kreditgleichheit[26]) bezeichnen.
2. Der Wert der weiterverpfändeten Wertpapiere und Sammeldepotanteile soll[27]) die Höhe des für den Hinterleger eingeräumten Kredits mindestens erreichen. Man kann diesen Grundsatz als den der Rückkreditgrenze bezeichnen.
3. Der Wert der weiterverpfändeten Wertpapiere und Sammeldepotanteile soll[27]) die Höhe des für den Hinterleger eingeräumten Kredits nicht unangemessen übersteigen. Man kann diesen Grundsatz als den der Verpfändungsgrenze bezeichnen.

Der Zentralbankier kommt mit Rücksicht auf die neugeschaffenen Arten der Weiterverpfändung mit den bisherigen beiden Depots „A" und „B" nicht aus. Er muß wegen der üblichen Verpfändung ein drittes Depotkonto und ein dazu-

[17]) Vgl. § 12 Abs. 4. Die noch weitergehende und mit noch größerer Formstrenge verbundene Erklärung nach § 13 schließt nach dem Grundsatz des stärkeren Rechts die Ermächtigung zur unbeschränkten Verpfändung ein, ebenso wie die unbeschränkte Ermächtigung nach § 12 Abs. 4 zur Verpfändung nach Abs. 2 oder 3 und die Ermächtigung nach Abs. 2 zur Verpfändung nach Abs. 3 berechtigt.

[18]) Sie fiel bisher unter die Regelung des § 2 DepG. 96.

[19]) Vgl. RGZ. 41, 35; 68, 134; 71, 339 = JW. 1909, 474; RGZ. 117, 95 = JW. 1927, 1683; RGZ. 133, 187 = JW. 1931, 3114 = BankArch. XXXI, 188; BankArch. XXXIII, 392.

[20]) Vgl. JW. 1931, 3114 = RGZ. 133, 187 = BankArch. XXXI, 188; vgl. auch Anm. II und III von Opitz: JW. 1931, 3114.

[21]) Vgl. Begründung Abs. 6 zu § 12. Diese Verpfändungsart stellt sich zu teuer. Vgl. hierzu auch Opitz in „Der deutsche Volkswirt" 11, 960.

[22]) Es kommt nicht darauf an, ob der Kunde den Kredit ausgenutzt hat.

Der Kredit kann auch im Auftrag des Kunden an einen Dritten eingeräumt sein („für").

[23]) Man kann ihn zum Unterschied vom Sonderrückkredit üblichen Rückkredit nennen.

[24]) Reicht die Sondermasse nicht aus, so wird der Verlust auf alle beteiligten Depotkunden umgelegt. Im einzelnen kann auf § 33 und die ausführliche Begründung dazu verwiesen werden.

[25]) Dies gilt nicht bei einer unbeschränkten Verpfändung auf Grund einer Ermächtigung nach § 13; vgl. Anm. 17.

[26]) Es stehen sich also gegenüber der Betrag desjenigen Kredits, den der Lokalbankier seinem bzw. seinen Depotkunden eingeräumt (zugesagt) hat, und der Betrag, den der Lokalbankier beim Zentralbankier entnommen hat (Rückkredit). Der Rückkredit braucht sich also nicht in den Grenzen des Kreditbetrags zu halten, der von dem bzw. den Depotkunden auf Grund der Krediteinräumung (Kreditzusage) bereits entnommen ist.

[27]) Es handelt sich hierbei zwar nur um eine Sollvorschrift, an die sich der Bankier aber nach der Berufsauffassung streng halten muß. Die Vorschrift bietet, wenn nötig, eine Handhabe für die Bankenaufsicht und die Wirtschaftsgruppe Privates Bankgewerbe (Depotprüfung), den Willen des Gesetzgebers durchzusetzen.

gehöriges Geldkonto, auf dem der Rückkredit als Schuldsaldo erscheint, einrichten und gegebenenfalls wegen der beschränkten Verpfändungen so viel einzelne Depotkonten und dazugehörige Geldkonten (auf denen die einzelnen Rückkredite als Schuldsalden erscheinen), als der Lokalbankier verlangt[28]). Man könnte daran denken, diese neuen Depots „C" und „D" zu nennen, aber schon die bisherigen Bezeichnungen „A" und „B" haben sich wegen ihrer Farblosigkeit, abgesehen vom Schrifttum und der Rechtsprechung, nicht recht einbürgern können. Es wird deshalb folgende Begriffsbezeichnung vorgeschlagen:

1. Eigendepot (bisher „A")[29]),
2. Anderdepot (bisher „B")[30]),
3. Pfanddepot[31]),
4. Sonderpfanddepot[32]).

Die Worte Eigendepot und Anderdepot entsprechen der Begriffslehre des Anderkontenrechts[33]).

Neben der Sonderverwahrung, von der als Grundform des Verwahrungsgeschäfts ausgegangen wird (§ 2), ist nunmehr die Sammelverwahrung auch im Depotgesetz (§§ 5 bis 9) als gleichwertige Verwahrungsart ausdrücklich anerkannt. Damit hat der Gesetzgeber die bisherige Praxis im Bankgewerbe gebilligt. Der seit Schaffung der zusätzlichen Vertragslehre[34]) belanglos gewordene Streit, ob die Sammelverwahrung besser auf der Vermischung oder auf Vertrag beruhe, ist nun dadurch erledigt, daß nach § 6 Abs. 1 Satz 1 das Miteigentum mit dem Zeitpunkt des Eingangs der Wertpapiere beim Sammelverwahrer entsteht. Das ist neu. Im übrigen hat sich der Gesetzgeber darauf beschränkt, die Rechtsgrundlage zu übernehmen, auf der das Bankgewerbe im Jahr 1925 bei Einführung des erweiterten Effektengiroverkehrs aufgebaut hatte[35]). Die Grundform ist die Girosammelverwahrung, bei der die Formstrenge für die Ermächtigung gegenüber dem bisherigen Recht (§ 2 DepG. 96) gelockert ist (§ 5 Abs. 1)[36]). Die Haussammelverwahrung ist zugelassen, aber mit Recht durch Formstrenge gegenüber der Girosammelverwahrung benachteiligt (§ 5 Abs. 1)[37]). Die Effektengirobanken, im Gesetz Wertpapiersammelbanken genannt, unterstehen einer gewissen Aufsicht (§§ 1 Abs. 3, 5 Abs. 4).

Der Tausch verwahrter Wertpapiere ist von einer formstrengen Ermächtigung des Depotkunden abhängig gemacht (§ 10). Von besonderem Wert ist die klare Abgrenzung gegenüber der Vereinbarung einer unregelmäßigen Verwahrung (§ 15 DepG., § 700 BGB.). Eine Ermächtigung, an Stelle der anvertrauten Wertpapiere andere derselben Art zurückzugewähren, kann nicht mehr als Zustimmung zur Aneignung gelten, wie man die Ermächtigung nach § 2 DepG. 96 auslegen zu können geglaubt hat. Das Gesetz spricht von Tauschverwahrung. Um eine Verwahrungsart im eigentlichen Sinn handelt es sich nicht.

Die Ermächtigung des Depotkunden für den Verwahrer zur Verfügung über das Eigentum (§ 13) und die Vereinbarung der unregelmäßigen Verwahrung (§ 15) sind mit ganz besonders schweren Formvorschriften bedacht. Der Depotkunde soll merken, daß er sein Eigentum an den Wertpapieren aufgibt. Die unregelmäßige Verwahrung gehört neben anderen Geschäften zu dem Bereich des sogenannten Stückekontos[38]). Das Gesetz und die Begründung vermeiden mit Recht, diese irreführende Bezeichnung zu erwähnen. Sie sollte auch sonst vermieden werden.

Das Anschaffungsgeschäft ist gegenüber dem alten Gesetz in aller Ausführlichkeit geregelt. Die Bestimmungen (§§ 18—31) sprechen für sich selbst. Es kann daher mit Rücksicht auf die hier gebotene knappe Darstellung auf sie und die Begründung dazu verwiesen werden. Hervorgehoben soll nur werden, daß die Übersendung des Stückeverzeichnisses im Anschaffungsgeschäft — ohne Anfordern des Kunden — wieder (wie vor der Novelle von 1923) dem Bankier zur Pflicht gemacht ist, und zwar im Interesse einer raschen Eigentumsverschaffung. Daher kann, wie schon erwähnt, die Absendung eines Stückeverzeichnisses durch Sammeldepotgutschrift ersetzt werden, die ja Eigentum überträgt (§ 24). Die Übersendung des Stückeverzeichnisses kann ausgesetzt werden, solange der Depotkunde schuldet und ihm nicht gestundet ist. Wenn dem Depotkunden zur Anschaffung der Wertpapiere Kredit eingeräumt ist, so kann das Anfordern des Depotkunden, das Stückeverzeichnis zu senden, abgewartet werden. Es muß nur ein entsprechender deutlicher Vorbehalt in dieser Richtung gemacht sein. Der Vorbehalt kann dann auch wegen der Aussetzung gemacht werden (§§ 19—21).

Nach § 43 ist bis Ende Juli 1937 die Absendung eines Stückeverzeichnisses für Käufe, die vor dem 1. Mai 1937 für den Kunden getätigt wurden, nachzuholen, wenn das Eigentum an den Wertpapieren noch nicht übertragen war. Da nicht bestimmt ist, daß hierbei an eine Eigentumsübertragung durch Absendung des Stückeverzeichnisses gedacht ist (§ 18), so ist die Nachholung nicht erforderlich, wenn Eigentum schon vor dem 1. Mai 1937 übertragen war, z. B. durch Legen in Streifbanddepot[39]) oder durch Sammeldepotgutschrift.

Im Auslandsgeschäft kann stets abgewartet werden (§ 22), bis der inländische Kommittent das Stückeverzeichnis verlangt.

Die Vorschriften über die Einkaufskommission (§§ 18 bis 30) gelten auch dann, wenn das Geschäft durch Selbsteintritt oder im Wege des Eigenhandels ausgeführt wird (§ 31).

Das neue Depotgesetz gilt für öffentlich-rechtliche Banken sowie für öffentliche oder dem öffentlichen Verkehr dienende Sparkassen auch dann, wenn sie keine Kaufmannseigenschaft haben (§ 41).

Das neue Gesetz bringt eine ganz wesentliche Verbesserung des Kundenschutzes, aber auch Erschwerungen für das bankmäßige Depot- und Kommissionsgeschäft. Das verkennt der Gesetzgeber nicht[40]), glaubt aber gleichwohl die Notwendigkeiten eines geordneten und beweglichen Wertpapierhandels und die Belange der Kreditinstitute berücksichtigt zu haben. Er erkennt zugleich an, daß die Banken eine Anzahl ihnen jetzt gesetzlich auferlegter Pflichten in den letzten Jahren bereits freiwillig innegehalten haben.

---

[28]) Der Lokalbankier muß im Geschäftsbereich der beschränkten Verpfändung beim Zentralbankier so viel Depotkonten und dazugehörige Geldkonten unterhalten, als er Lombardkunden nach § 12 Abs. 3 (beschränkte Verpfändung) hat, und soweit er Sonderrückkredit nimmt.

[29]) Eigendepotkonto. § 4 Abs. 1 Satz 2 letzte Alternative und Abs. 2, § 12 Abs. 4, § 13 (unbeschränkte Verpfändung).

[30]) § 4 Abs. 1 Satz 2 erste Alternative. Keine Verpfändung. Kein dazugehöriges Geldkonto.

[31]) Pfanddepotkonto. § 4 Abs. 1 Satz 2 letzte Alternative, § 12 Abs. 2; übliche Verpfändung. Das dazugehörige Geldkonto kann man als Pfandkonto bezeichnen.

[32]) Sonderpfanddepotkonto. § 4 Abs. 1 Satz 2 letzte Alternative, § 12 Abs. 3, beschränkte Verpfändung. Das dazugehörige Geldkonto kann man als Sonderpfandkonto bezeichnen.

[33]) Vgl. Opitz, „Anderkonten": BankArch. XXXI, 35.

[34]) Vgl. Opitz: BankArch. XXVII, 197.

[35]) Vgl. insbesondere Opitz-Schultz: JW. 1926, 473 ff. und BankArch. XXIV Nr. 16 v. 15. Mai 1925, Sonderbeilage (Gutachten, erstattet namens der Rechtsabteilung der Deutschen Bank).

[36]) Es genügt eine generelle, allerdings ausdrückliche und schriftliche Erklärung des Depotkunden (Abrede in den Geschäftsbedingungen ist nicht ausreichend). Im Anschaffungsgeschäft bedarf es überhaupt keiner Ermächtigung des Kommittenten zu dieser Art der Übereignung, weil die Girosammeldepotgutschrift das Eigentum an den gekauften Papieren am schnellsten zu übertragen vermag (§ 24).

[37]) Vgl. Opitz: „Der deutsche Volkswirt" 11, 959.

[38]) Vgl. Opitz, „Stückekonto".

[39]) Besitzabrede (§§ 930, 181, 688, 868 BGB.); RGZ. 52, 130; 73, 418 = JW. 1910, 707; RGZ. 99, 210; 116, 202 = JW. 1927, 1356; JW. 1927, 3013; BankArch. XXIX, 281. Vgl. zur Übergangsregelung auch Opitz: „Die Bank" 1937 Nr. 8.

[40]) Vgl. Begründung I Nr. 2.

Preisschleuderei und Preisstop-Verordnung

Von Rechtsanwalt Dr. jur. Hans Culemann, Düsseldorf

Die VO. über Wettbewerb vom 21. Dez. 1934 (RGBl. 1280) bedroht denjenigen mit Gefängnis und Geldstrafe, der unter unlauterer Ausnutzung seines Kredits oder böswilliger Nichterfüllung seiner Verpflichtungen gegenüber Staat, Gefolgschaft, Gläubigerschaft in gemeinschädlicher Weise eine Ware zu einem Preis anbietet, der die Selbstkosten des Anbietenden nicht decken kann und den Anforderungen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft widerspricht. So wie § 1 Abs. 2 der VO. vom 21. Dez. 1934 die gesetzlichen Vorschriften über unlauteren Wettbewerb unberührt bleiben läßt, läßt die Überleitungs-VO. zum Ges. zur Durchführung des Vierjahresplans vom 26. Nov. 1936 (RGBl. 955) die VO. über Wettbewerb in Kraft und damit wiederum die Vorschriften über unlauteren Wettbewerb unberührt bleiben.

Nun verbietet § 1 der VO. über das Verbot von Preiserhöhungen vom 26. Nov. 1936 (RGBl. 955) Preiserhöhungen für Güter und Leistungen jeder Art rückwirkend vom 18. Okt. 1936 ab und bedroht im § 4 jeden mit Gefängnis- und Geldstrafe, der den Vorschriften des § 1 vorsätzlich oder fahrlässig zuwiderhandelt. Damit ist der Preis vom 17. Okt. 1936 stabilisiert, und es entsteht die Frage, wie der Preisschleuderer dem Verbot, weiterzuschleudern (aus der WettbewerbsVO.), und dem Gebot, den Schleuderpreis weiter zu halten, (aus der PreisstopVO.) gerecht werden soll. Verletzt sein Preis vom 17. Okt. 1936 die WettbewerbsVO., so stellt sich zwar die Aufrechterhaltung dieses Preises nach dem 30. Nov. 1936 — dem Tag vor dem Inkrafttreten des Preiserhöhungsverbots — als fortgesetzte Handlung dar, und der Richter könnte praktisch dem aus der StopVO. herrührenden Zwang zur Aufrechterhaltung auf dem Wege über das Strafmaß Rechnung tragen, aber damit hört die Fortsetzungshandlung nicht auf, eine strafbare Handlung zu sein. Zudem kann die Unterschreitung der Selbstkosten am 17. Okt. 1936 noch ohne unlautere Ausnutzung des Kredits und ohne böswillige Nichterfüllung der Verpflichtungen gegen Staat, Gefolgschaft, Gläubiger aus den Vermögensüberschüssen erfolgt sein, während erst die Fortsetzung des Schleuderns in unlauterer Ausnutzung des Kredits geschieht.

Bertelsmann gibt in Pfundtner-Neubert IIIe 13 S. 54 f. dem Schleuderer kein Recht, auf die Fortsetzung zu verzichten. „Durch das Verbot der Preiserhöhung werden in erster Linie alle bislang ungebundenen Preise, d. h. solche Preise, deren Gestaltung keinem obrigkeitlichen Einfluß oder dem Einfluß von Kartellverbänden oder anderen wirtschaftlichen Organisationen unterlagen, erfaßt und als Höchstpreise festgesetzt." Für den Fall der Preisbindung bei Markenartikeln führt Bertelsmann aus: „Die nicht von behördlicher Seite oder von Körperschaften des öffentlichen Rechts festgesetzten Preise, z. B. von wirtschaftlichen Vereinigungen oder Einzelfirmen, genießen durch diese VO. einen staatlichen Schutz. Sind die Preise aber von den Groß- oder Kleinverteilern unterboten worden, z. B. hat ein Einzelhändler einen Markenartikel unter dem von der Firma vorgeschriebenen Preis am 17. Okt. 1936 verkauft, so dürfen sie diesen Preis nicht erhöhen. Die Verbände und die Firmen dürfen die Groß- oder Kleinverteiler nicht zu einer Preiserhöhung zwingen, da sie sonst als Anstifter sich strafbar machen würden."

Eine gegen § 1 UnlWG. und § 826 BGB. verstoßende Preisschleuderei im Wege der Verletzung der Markenartikelpreisbindung soll der Händler oder Großhändler, hat er sie am 17. Okt. 1936 vorgenommen, nach dem 30. Nov. 1936 fortsetzen, ohne daß der aus der Preisbindung Berechtigte die Innehaltung der Bindung erzwingen könnte. Bertelsmann sagt nicht, ob das sowohl für die Schadensersatz- wie für die Unterlassungsklage gelten soll. Die Geltendmachung des Schadensersatzanspruches zielt unmittelbar nicht auf Preiserhöhung ab, sondern auf Ausgleich des Schadens, der dem durch die Schleuderei Geschädigten in der Vergangenheit entstanden ist. Der Anspruch auf Feststellung der Schadensersatzpflicht aus zukünftigem Schleudern wirkt zwar wie ein mittelbarer Zwang zur Preiserhöhung, der in Anspruch Genommene kann sich indessen diesem Zwang durch laufende Vergütung des Schadens entziehen, kann also theoretisch das Schleudern fortsetzen. Ihn auf diesen Ausweg verweisen, bedeutet keine Unbilligkeit, hat er doch dadurch, daß er am 17. Okt. 1936 freiwillig schleuderte, sich selber in die Situation versetzt, die die StopVO. nachträglich mit dem Fortsetzungszwang ausgestattet hat. Der Einwand des Schleuderers, ihn treffe an den nach dem 30. Nov. 1936 erfolgten und noch erfolgenden Unterbietungen deshalb kein Verschulden, weil einzig und allein der Erlaß der StopVO. ihn zwinge, den Preis vom 17. Okt. 1936 weiterzuführen, könnte bestenfalls dann Erfolg haben, wenn das Verhalten des Schleuderers in der Zeit vor dem 17. Okt. 1936 und zwischen dem 17. Okt. 1936 und 30. Nov. 1936 zeigt, daß der Vorsatz zum Schleudern einmalig war, daß eine Absicht, jede Gelegenheit zum Schleudern auszunutzen, nicht vorlag, und daß insbesondere in der Zeit, als der Schleuderer noch in seiner Entschließung frei war, also in den Wochen zwischen den beiden Stichtagen, der Schleuderer sein Gebaren vom 17. Okt. 1936 eindeutig aufgegeben hatte. Veranlaßt die Schadensersatzpflicht den Schleuderer, den Verkauf einzustellen, weil durch die Begleichung des Schadens die Fortsetzung des Schleuderverkaufs Verluste bringt, so ist der Wille der StopVO. nicht verletzt, denn einen Kontrahierungszwang bringt sie nicht. Unterlassen des Verkaufs, um dem sicheren Ruin zu entgehen, bleibt statthaft.

Soweit sich die Ausführungen von Bertelsmann auf die Unterlassungsklage beziehen, ist zu bezweifeln, ob sie der Auffassung des Reichskommissars für die Preisbildung entsprechen. Die Fachgruppe Schaumweinindustrie der Wirtschaftsgruppe Lebensmittelindustrie hat mit Schreiben vom 19. Jan. 1937 an den Reichskommissar geschrieben: „Presseverlautbarungen zufolge hat der Herr Preiskommissar der VO. vom 26. Nov. 1936 auch die Auslegung gegeben, daß ein Händler, der bis zum 17. Okt. 1936 Markenartikel unter dem vereinbarten und vorgeschriebenen Preise verkauft hat, sich nicht zur Einhaltung der festgesetzten und vereinbarten Preise zwingen lassen darf. Das bedeutet, daß der Händler verpflichtet ist, den Schleuderpreis, ohne Rücksicht darauf, daß seine klare Vertragspflicht etwas anderes vorschreibt, weiter zu gewähren."

Darauf ist folgender Bescheid des Reichskommissars am 28. Jan. 1937 ergangen: „Es entspricht nicht den Tatsachen, daß ich der Verordnung über das Verbot von Preiserhöhungen vom 26. Nov. 1936 eine derartige Auslegung gegeben habe, wie sie von Ihnen aus Presseverlautbarungen entnommen sein soll. Die Regelung der Frage nach dem Verhältnis der Schleuderpreise zur VO. über das Verbot von Preiserhöhungen vom 26. Nov. 1936 steht jedoch bevor."

Der Preiskommissar tritt hier der gleichen Auffassung entgegen, die Bertelsmann geäußert hat. Auch dürfte sich Bertelsmann von den Zielen entfernen, die der PreisstopVO. nach der zu ihr ergangenen amtlichen Verlautbarung zugrunde liegen.

„Diese Form eines Verbots von Preiserhöhungen machte sich an Hand der Erfahrungen notwendig, welche die jüngste Vergangenheit seit Verkündung des Vierjahresplans gezeitigt hat. Unabhängig von saisonmäßig bedingten Vorgängen ist eine Reihe von unbegründeten Preissteigerungen zu beobachten gewesen, welche teils auf die Furcht des Publikums vor gar nicht vorhandener Warenknappheit spekulieren, teils aus gewissenlosem Eigennutz eine solche Psychose erst hervorzurufen trachten. Derartige Bestrebungen mußten nicht nur für die Zukunft, sondern auch rückwirkend rücksichtslos ausgemerzt werden."

Die Ausnutzung echter oder vermeintlicher Warenknappheit soll unterbunden werden. Das Streben des Schleuderers

ist nicht darauf gerichtet, eine Knappheitspsychose auszunutzen und dadurch den Preis in die Höhe zu drücken. Er zielt darauf ab, aus dem vertrags- und gesetzestreuen Verhalten seiner Mitbewerber Nutzen zu ziehen. Ihm ist es deshalb erwünscht, daß seine Mitbewerber an dem Preisniveau, welches er unterbieten will, festhalten. Ein Abgleiten von der Preisebene ist ihm unerwünscht. Ihm wäre es sogar lieb, wenn die Konkurrenten ihre Preise noch erhöhen. Daher ist es schlecht denkbar, daß die bevorstehende amtliche Auslegung in der Frage nach dem Verhältnis der Schleuderpreise zur StopVO. solche Preisunterbietungen schützen wird, die der Verordnung über Wettbewerb, dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, dem § 826 BGB. und der zu diesen Vorschriften ergangenen höchstrichterlichen Rechtsprechung zuwiderlaufen. Auch würde ein gesetzlicher Schutz der Preisschleuderei den anständigen Handel ausschalten, die Wettbewerbsmoral untergraben und das Vertrauen zur Judikatur erschüttern.

Gewiß besteht theoretisch die Möglichkeit, auf Grund des § 3 der StopVO. im Einzelfalle oder generell die Genehmigung zur Erhebung der Unterlassungsklage gegen den Schleuderer zu beantragen. Hat aber nicht der gesetzes- und vertragstreue Händler Anspruch darauf, daß sein schleudernder Kollege durch Erhebung der Unterlassungsklage unmittelbar zu legalem Verhalten gezwungen werden kann, ohne daß die Notwendigkeit, erst die Verfolgungsgenehmigung einzuholen, dem Schleuderer eine Frist gibt, während derer er dem anständigen Mitbewerber noch rasch beachtlich Schaden zufügen kann?

Wer jetzt erst zu schleudern beginnt, hat keinerlei Einwendungen gegen die Geltendmachung der Vertragsstrafe und des Unterlassungsanspruchs, denn den Schutz rechtswidriger Preissenkung gewährleistet die StopVO. keineswegs, geschweige denn, daß sie eine Preissenkung anordnete. Auf dem Gebiete des Markenartikels bleibt zudem für jeden Händler, der nicht an das Vertriebs- und Preisbindungssystem angeschlossen ist, die Rechtsprechung über den Schleichbezug von Markenware nach wie vor zu beachten. Ein Recht darauf, den Schleichbezug fortzusetzen, wird durch die StopVO. keineswegs begründet.

Der Rechtsanwalt als Pfleger im Unterhaltsprozeß

Von Rechtsanwalt Dr. P. Bach, Freiburg i. Br.

I.

§ 7 RAGebO., der einen Erstattungsanspruch dem Anwalt für den Betrieb eigener Angelegenheiten gewährt, ergänzt die prozessualen Vorschriften über die Zulässigkeit anwaltlicher Selbstvertretung und bringt sie ihrer kostenrechtlichen Folge nach in Einklang mit den sonst bei der Kostenerstattung herrschenden Grundsätzen. Bereits § 78 Abs. 3 ZPO. unterscheidet die Zulässigkeit der Selbstvertretung nicht danach, ob es sich um unmittelbar eigene Angelegenheiten des Anwaltes handelt oder um solche, die dadurch zu eigenen geworden sind, daß der Rechtsanwalt als gesetzlicher Vertreter oder als Partei kraft Amtes sie wahrzunehmen hat. Kraft seiner ergänzenden Funktion ergreift auch § 7 a. a. O. beide Arten eigener Angelegenheiten unterschiedslos. Dadurch, daß § 7 in eigenen Angelegenheiten einen Erstattungsanspruch gegen den Gegner gewährt, indem er den selbsthandelnden Anwalt einem in fremdem Auftrag handelnden gleichstellt, trägt er dem Rechnung — ebenso wie es z. B. § 89 RAGebO. durch seine Generalklausel tut —, daß der Rechtsanwalt infolge der wirtschaftlichen Grundlagen seines Berufes auf die Honorierung seiner Tätigkeit angewiesen ist. (Zu weit geht daher m. E. die Bemerkung bei Baumbach § 7 Anm. 1 eingangs in RKostG., der Grundgedanke dieser Regelung sei anfechtbar, da überdies, wie auch Baumbach hervorhebt, der Gegner durch diese Regelung nicht beeinträchtigt wird.)

II.

Nicht jedoch regelt § 7 den Vergütungsanspruch des Anwalts gegenüber dem Vertretenen, dessen Angelegenheiten er als gesetzlicher Vertreter oder als Partei kraft Amtes wahrnimmt. Inwieweit ein solcher Anspruch besteht, richtet sich nach den Bestimmungen, die für das betreffende Vertretungsverhältnis maßgebend sind.

Ist der Anwalt Vormund oder Pfleger, so kommen die §§ 1835, 1915 BGB. in Betracht.

Die Führung einer Vormundschaft oder Pflegschaft ist zwar nach § 1836 Abs. 1 S. 1 ein unentgeltliches Ehrenamt. Diesen Grundsatz schränkt aber das BGB. selbst sofort wieder in zwei Richtungen erheblich ein, und zwar unter Berücksichtigung der allgemeinen Lebensverhältnisse wie der Billigkeit.

Das BGB. ermächtigt zunächst das VormGer. zur Bewilligung einer angemessenen Vergütung für die Amtsführung nach näherer Bestimmung des Satzes 2 a. a. O. Daß diese Ermächtigung keineswegs eine eingeschränkte ist — wie vielleicht formales Denken unter Heranziehung der Kategorie: Ausnahmeregelung anzunehmen geneigt sein könnte —, zeigen die beiden grundsätzlichen, ausführlich begründeten Entscheidungen des RG.: JW. 1935, 1844 = RGZ. 147, 317 sowie JW. 1936, 378 = JFG. 13, 1. In letzterer heißt es z. B., „daß es sich (bei § 1836) um eine Billigkeitsregelung handelt, die es ermöglichen soll, zwischen dem Schutzbedürfnis des Betreuten und den wirtschaftlichen Belangen des Betreuenden den richtigen Ausgleich durch sachgemäße Wertungen der Einzelheiten des Falles zu finden... § 1836 BGB. muß so ausgelegt werden, daß er in allen Fällen, für die ihm das Gesetz Geltung beilegt, zu befriedigenden Ergebnissen führt".

Sodann nimmt das BGB. selbst unmittelbar von sich aus bereits eine Einschränkung an dem Grundsatz der unentgeltlichen Führung der Geschäfte durch Vormund oder Pfleger vor, indem es deren Aufwendungen von diesem Grundsatze ausnimmt und in den Kreis der Aufwendungen gewisse Tätigkeiten von vornherein durch Abs. 2 des § 1835 BGB. einbezieht. Hier überläßt das BGB. den Ausgleich zwischen dem Schutzbedürfnis des Betreuten und den wirtschaftlichen Belangen des Betreuenden nicht der Beurteilung des Einzelfalles, sondern hat ihn selbst vorgenommen, indem es hier die wirtschaftlichen Belange des Betreuenden anerkennt und ihnen Vorrang gibt. Es hat „Dienste des Vormunds oder Pflegers die zu seinem Gewerbe oder zu seinem Beruf gehören" zu den Aufwendungen gezogen und sie damit bewußt (vgl. Staudinger § 1835 Anm. 1 und Anm. 2d) vom Grundsatz der unentgeltlich zu leistenden Amtsführung ausgenommen. Es schützt hier bei seiner eigenen Ausgleichsentscheidung die wirtschaftlichen Belange des Betreuenden. Es will die Personen, die durch ein Gewerbe oder Beruf qualifiziert sind, vor einer unentgeltlichen Beanspruchung ihrer beruflichen Leistungen auch bei Führung des Ehrenamtes bewahren, weil diese Personen auf die wirtschaftliche Verwertung ihrer Berufsarbeit bereits soziologisch angewiesen sind. § 1835 Abs. 2 stellt darum klar, daß auch bei solchen Personen der Aufgabenkreis sich nicht um ihre beruflichen Leistungen erhöht, sondern daß auch bei ihnen der Aufgabenkreis über die dem Vormund oder Pfleger allgemein obliegende Verwaltungs- und Sorgetätigkeit nicht hinausgeht. Sind von ihnen berufliche Leistungen vorzunehmen, so handelt es sich um zusätzliche Tätigkeit, die als Aufwendung zu ersetzen ist. Dies gilt auch für Arzt oder Anwalt als Vormund oder Pfleger (vgl. Staudinger Anm. 2d a. a. O.). Es gehört daher nicht zum Pflichtenkreis eines Anwaltes als Pfleger, die gerichtliche Durchsetzung von

Ansprüchen seines Pflegebefohlenen unentgeltlich zu betreiben. Für den Anwalt wirkt übrigens § 1835 Abs. 2 BGB. als Parallele zu dem gleichfalls der Billigkeit entsprungenen § 89 RAGebO. Dort wie hier kommt zum Ausdruck, daß die berufliche Leistung grundsätzlich zu vergüten ist.

III.

Wird ein Rechtsanwalt als Pfleger bestellt, so geschieht dies erfahrungsgemäß in aller Regel dann, wenn seine berufliche Stellung dies wünschenswert macht oder zweckentsprechend erscheinen läßt, vor allem, wenn ein Prozeß zu erwarten steht. Mit der Bestellung eines Rechtsanwaltes zum Pfleger zielt man also von vornherein, insbesondere für die erwartete Prozeßführung auf „Dienste, die zu seinem Berufe gehören", auf die spezifische Anwaltstätigkeit. Dann rechnet man aber auch von vornherein mit der Belastung der Pflegschaft durch Aufwendungen. Der Anwalt seinerseits ist berechtigt, die für die Prozeßvertretung erforderlichen Vorschüsse dem Mündelgeld zu entnehmen und die Prozeßführung vom Vorschuß abhängig zu machen. Ist der Pflegebefohlene arm, so ist daher der Anwaltspfleger ihm als Armenanwalt im Unterhaltsprozeß beizuordnen. Der Umstand, daß der Pfleger Anwalt ist, steht der Beiordnung im Unterhaltsprozeß nicht entgegen. Im Gegenteil ist davon auszugehen, daß er gerade mit Rücksicht auf seine Eigenschaft als Rechtsanwalt zum Pfleger bestellt worden ist, wie das LG. Berlin (90. ZK.): JW. 1936, 1152 auch seinerseits hervorhebt. Die sachliche Richtigkeit dieses Standpunktes hat dazu geführt, daß er sich immer mehr durchsetzt. Vgl. LG. Berlin (22. ZK.): JW. 1936, 2585; LG. Dresden: JW. 1936, 3086; LG. Leipzig: JW. 1936, 3142 mit weiteren Nachweisen aus der früheren bereits gleichlaufenden Rechtsprechung; Brandis: M. d. RRAK. 1936, 229 und neuestens noch LG. Berlin (22. und 88. ZK.): M. d. RRAK. 1937, 35 sowie LG. Berlin v. 22. Okt. 1936 in diesem Heft S. 580[56].

IV.

Im Gegensatz zu Diensten, die zum Gewerbe oder zum Beruf des Vormundes oder Pflegers gehören, stehen diejenigen, für die eine besondere gewerbliche oder berufliche Ausbildung nicht notwendig ist, die „jedermann" leisten kann (Staudinger Anm. 2d a. a. O.), d. h. diejenigen, die unschwer von jedem mit gesundem Menschenverstande und normalen Fähigkeiten begabten Volksgenossen ausgeführt werden können (AG. Bremen: M. d. RRAK. 1936, 228; dagegen geht LG. Berlin [11. ZK.]: M. d. RRAK. 1936, 225 weder auf Existenz noch Geltungsumfang des § 1835 Abs. 2 BGB. ein). Hierunter läßt sich Prozeßführung selbst vor dem AG. nicht bringen. Dem Volksgenossen, auch wenn er mit gesundem Menschenverstand und normalen Fähigkeiten begabt ist, fehlt die Sachkunde, fehlt die Einsicht in das Verfahren wie vor allem auch der Überblick über dessen Gegebenheiten, Möglichkeiten und Folgen. Dies zeigt die tägliche Erfahrung. Die Rechtsunkenntnis in unserem Volke ist oft hervorgehoben. Aus welchen Gründen auch immer sie entstanden ist, kann sie als reale Erscheinung auch für den vorliegenden Zusammenhang nicht durch geschickte Formulierungen umgangen werden. Man darf nicht nur an den ersten Akt eines Prozesses, die Klagerhebung, denken, sondern an den sich anschließenden, in seiner Wichtigkeit sich immer mehr steigernden Verfahrensablauf (wie z. B. Begegnung von Einwendungen, Beweisantritte usw.). Bestenfalls tastet sich der Volksgenosse, der einen Prozeß für sich selbst führt, an den Krücken fort, die ihm die in den Geschäfts- und Terminszimmern gewährte gerichtliche Hilfe oder die der Rechtsbetreuung bietet (was auch Brandis a. a. O. treffend hervorhebt). Mit einer solchen „Prozeßführung" kann die anwaltliche Leistung nicht auf eine Stufe gestellt werden. Das hieße, lebensmäßig Ungleiches gleich machen. Der Anwalt soll — und will es — auch im Unterhaltsprozeß für seinen Pflegebefohlenen nicht jene Prozeßführung, sondern eine richtige und ordnungsmäßige Prozeßführung gewährleisten, seine forensische Schulung und Erfahrung zur Verfügung stellen. Hierzu gehört — wie bekannt — ebensoviel fachliches Können selbst in sog. einfachen Sachen, wie sie derjenige braucht, der als Richter — ebenfalls selbst wieder in einfachen Sachen — Beschlüsse oder Urteile erläßt. Selbst diejenigen, die dem Anwalt als Anwaltspfleger verneinen, daß er bei der Prozeßführung im Unterhaltsprozeß Dienste leistet, die zu seinem Beruf gehören, sondern nur solche wie „jedermann", werden wohl schwerlich geneigt sein —, sollte einmal bei der Führung des Unterhaltsprozesses dem Anwalt ein Versehen vorkommen — die Eigenschaft dieses Versehens als Berufsversehens zu verneinen, weil der Anwalt hier ja nur Dienste wie „jedermann" geleistet habe.

Der Unterhaltsprozeß (ohne Rücksicht auf den Streitwert) ist dem AG. 1921 auch nicht deshalb zugeordnet worden, weil es sich dabei um einen einfachen oder übersichtlichen Prozeß handelt, sondern wegen des Beschleunigungszweckes im Zusammenhang mit der damals in Erscheinung tretenden Überlastung der LG.

Schließlich darf nicht übersehen werden, daß auch das Interesse des Pflegebefohlenen die Anwaltsvertretung erfordert. Denn der Unterhaltsprozeß ist für dessen Lebensgestaltung, damit auch für dessen künftigen Lebensweg von wesentlicher Bedeutung. Durch die Streitwertbestimmung des § 10 GKG. ist bereits vorgesorgt, daß trotz der Bedeutung dieser Prozesse die entstehenden Anwaltsgebühren tragbar bleiben, wozu ja noch in Armensachen die allgemein für diese bestehende Gebührenminderung hinzutritt. Die früher geltende höhere Streitwertberechnung zeigte ihrerseits noch deutlicher, daß der Unterhaltsprozeß nicht zu den Bagatellprozessen gehört. Es sollte doch auch zu denken geben, daß der Deutsche Gemeindetag den Jugend- und Wohlfahrtsämtern der ihm angeschlossenen Gemeinden und Gemeindeverbänden empfohlen hat — obwohl diese doch über geschäftskundiges Personal verfügen —, die forensische Vertretung der Unterhaltsansprüche der ihrer Vormundschaft unterstellten Kinder Rechtsanwälten zu übertragen (vgl. M. d. RRAK. 1936, 142).

Bei der Zwangsvollstreckung ist dagegen m. E. zu unterscheiden. Pfändungsauftrag an den Gerichtsvollzieher zu stellen, ist in der Tat einfach, so daß wohl anzunehmen ist, daß auch der einfache Volksgenosse ihn richtig stellen kann, das sich u. U. daran weiter anschließende Verfahren dagegen keineswegs. Ebensowenig sind die verschiedenen Arten von Forderungspfändungen einfach, und zwar infolge der Regelung, die sie in der ZPO. gefunden haben, sondern verlangen recht genaue Kenntnisse. Die Lohnpfändung betrachtet AG. Bremen a. a. O. noch als völlig einfach, dagegen wendet sich Brandis a. a. O.

Nachschrift: Nach Abschluß des vorstehenden Aufsatzes wird soeben der Beschluß des LG. Dresden (13. ZK.): M. d. RRAK. 1937, 37 veröffentlicht. Dieser Beschluß wird trotz seiner längeren Ausführungen der Frage nicht gerecht. Schon sein Ausgangspunkt ist schief. Diesen findet der Beschluß in § 1793 BGB., der zum Aufgabenkreis des Vormundes auch die Vertretung des Mündels oder Pfleglings bestimmt. Damit ist aber darüber, ob der Vormund oder Pfleger die Tätigkeit der Prozeßführung selbst vorzunehmen hat oder nicht, doch nicht das mindeste bestimmt. Dieser Paragraph sagt lediglich, daß der Vormund bei der gerichtlichen Vertretung seines Mündels die Partei ist. Durch Hinweis auf diesen Paragraphen kann man § 1835 Abs. 2 weder seiner Maßgeblichkeit für die Frage entkleiden, noch ihn entgegen der gesetzgeberischen Absicht in seinem Geltungsumfang verengen. Der Beschluß dieser Kammer des LG. Dresden zieht sodann als Vergleich anderer fachmännischer Arbeit heran die Tätigkeit eines Tischlervormunds „bei einem bloßen Anleimen einer losgelösten Leiste am Schrank des Mündels" und stellt sie in Gegensatz zur „Herstellung eines Stuhles" durch ihn. Selbst wenn man bei diesem hinkenden Vergleich bleiben will, könnte die Prozeßführung durch den Anwalt nur mit der Herstellung des Stuhles als etwas Neuem, für den auch der Tischlervormund seinen angemessenen und üblichen Lohn beanspruchen darf, verglichen wer-

den. Denn auch der Prozeß soll etwas wirtschaftlich Neues herbeiführen, da er sonst ja nicht unternommen würde und auch das Gericht nicht mit ihm befaßt würde. Schließlich meint dieser Beschluß, der Gesetzgeber habe Unterhaltsklagen dem AG. zugewiesen, weil sie im allgemeinen weder tatsächlich noch rechtlich so schwierig seien, daß sie die Dienste eines rechtsgelehrten Vertreters erfordern. Daß nicht dieser Grund, sondern Beschleunigung des Verfahrens und Entlastung der LG. bestimmend waren, ist bereits oben hervorgehoben. Die Auffassung des Beschlusses widerspricht nicht nur dem vom BGB. in § 1835 Abs. 2 anerkannten Leistungsgrundsatz, sondern ebensosehr auch dem Standpunkt des heutigen deutschen nationalsozialistischen Gesetzgebers, wie er ihn in den beiden Vorsprüchen zur RAO. kundgetan hat.

Nochmals die Frage der Wahrnehmung auswärtiger Beweistermine in Armensachen

Eine Erwiderung

Von Rechtsanwalt Dr. Thiemann, Berlin

Die Ausführungen von Jonas: JW. 1937, 201 ff. über die Wahrnehmung auswärtiger Beweistermine können von Anwaltsseite nicht unwidersprochen hingenommen werden. Sie bergen die Gefahr in sich, daß die Gerichte zu einem Kurs veranlaßt werden könnten, der mindestens im Ergebnis schlechthin als anwaltsfeindlich sich darstellen würde. Ich bin überzeugt, daß das nicht im Sinne von Jonas liegt. Wer aber beobachtet, mit wie wenig Verständnis mitunter doch die Gerichte der Frage der Vertretung einer Partei, ich denke dabei nicht nur an die arme Partei, in auswärtigen Terminen gegenüberstehen, wird mir ohne weiteres darin recht geben, daß jede Propagierung einer Verschärfung der Anforderungen zu unerfreulichsten Folgen führen kann. Ich habe nicht die Absicht, mich im einzelnen mit den Ausführungen von Jonas zu den verschiedenen Punkten auseinanderzusetzen. Für die gesamte Anwaltschaft erscheint mir vielmehr vor allem ebenso bedenklich wie bedeutungsvoll die von Jonas, wenn ich so sagen darf, erteilte „Auslegungsanweisung" für die Anwendung des gesamten Armenanwaltskostengesetzes, wenn er schreibt: „Ich bin der letzte, der die Handhabung des ArmAnwG. ausschlaggebend unter fiskalische Gesichtspunkte stellen möchte. Die Praxis kann aber schwerlich an der Tatsache vorbeigehen, daß alle die wiederholten Änderungen des Gesetzes ausschließlich unter dem Gesichtspunkte der Abdrosselung der Armenlasten standen; eine gewisse Zurückhaltung und Vorsicht liegt danach unverkennbar in der Grundtendenz des Gesetzes, und darauf muß sich die Praxis gerade auch bei Ausübung des ihr zugewiesenen Ermessens billigerweise einstellen."

Es gibt m. E. wohl keinen verantwortungsbewußten Anwalt, der nicht darauf bedacht wäre, auch den fiskalischen Gesichtspunkt nicht nur als berechtigt anzuerkennen, sondern ihm auch nach Möglichkeit praktisch Rechnung zu tragen. Das dürfte aber doch noch etwas ganz anderes sein, als dem ArmAnwKostG. eine fiskalische Grundtendenz zu unterlegen. Erfreulicherweise ist denn auch die Einstellung der Gerichte doch wohl überwiegend eine andere. Was sollte die Rechtsprechung auch mit der Forderung nach „gewisser Zurückhaltung und Vorsicht" in der Anwendung des Gesetzes anfangen? Die Grundtendenz eines Gesetzes kommt in seinen Bestimmungen zum Ausdruck. Will der Gesetzgeber eine Handhabung in bestimmter Richtung, dann mag er nicht nur, sondern muß er die einzelnen Aussprüche des Gesetzes entsprechend fassen. Schließlich ist er dafür ja der Gesetzgeber, um das, was er will, auch im Gesetz zum Ausdruck zu bringen.

Das Gesetz regelt die Rechtsbeziehungen der Anwaltschaft zur Reichskasse. Ich vermag auch bei genauester Durchprüfung aus keiner einzigen Bestimmung zu ersehen, daß die Grundtendenz dahin ginge, dem Armenanwalt einen Ersatzanspruch nur „mit Vorsicht und Zurückhaltung" zuzubilligen. Die Voraussetzungen für die Gebührenerstattung sind genau festgelegt. Auch über die Auslagenerstattung ist, mit Ausnahme der Reisekosten, nichts Besonderes gesagt. Sie werden ebenso wie die Gebühren „nach Maßgabe der RAGebO." ersetzt. Die vom Gesetz gewollten Einschränkungen sind dann genannt. Würde über diese hinaus die Grundtendenz für die Anwendung des Gesetzes bei der Auslagenerstattung die von Jonas angenommene sein, dann würde mit genau dem gleichen Recht dasselbe für die Anwendung der RAGebO. im Verhältnis zur eigenen Partei zu gelten haben. Die Anwaltschaft muß sich also dagegen zur Wehr setzen, daß auf einem vom Gesetz nicht zum Ausdruck gebrachten Wege die Gerichte ihrem Ersatzanspruch als Armenanwälte gleichsam grundsätzlich ablehnend gegenüberstehen.

Wie sehen übrigens die von Jonas erwähnten wiederholten Änderungen des Gesetzes „ausschließlich unter dem Gesichtspunkt der Abdrosselung der Armenlasten" aus? Ich habe nichts anderes feststellen können, als daß man sich mit der ursprünglich (Gesetz v. 6. Febr. 1923) uneingeschränkt vorgesehenen Kostenerstattung der Gebühren und Auslagen des Armenanwalts übernommen hatte und deshalb bereits im Gesetz v. 18. Aug. 1923 einen Höchststreitwert einführte, der naturgemäß eine erhebliche Entlastung der Staatskasse mit sich brachte. Schließlich genügte aber auch das noch nicht, und so wurde eine weitere Drosselung der Ausgaben zur Bezahlung der Armenanwälte durch Einführung einer Höchstgebühr und vor allem auch durch allgemeine Herabsetzung der Gebührensätze erzielt (Gesetz v. 14. Juli 1925). Dabei ist es dann im wesentlichen auch im jetzigen Gesetz v. 20. Dez. 1928 geblieben. In dieses haben dann nur die verschiedenen späteren Notverordnungen bezüglich der Höhe der Gebührensätze noch weiter eingegriffen. Ich glaube, schon mit diesem kurzen Abriß gezeigt zu haben, daß der Gesetzgeber das, was er zum Zwecke der Drosselung der Armenlasten für nötig hielt, ziffernmäßig klipp und klar zum Ausdruck gebracht hat.

Ich wüßte nicht, inwiefern die Rechtsprechung befugt oder gar verpflichtet sein sollte, diese Einschränkungen dadurch noch weiter zu verschärfen, daß sie als Grundtendenz des Gesetzes zugrunde legt, dieses wolle den Anspruch des Armenanwalts möglichst beschneiden. Damit wird von den Gerichten schließlich doch nichts anderes als eben eine fiskalische Einstellung verlangt. Mir scheint dagegen, daß nur das Interesse der Partei, für deren Zwecke ja der Armenanwalt bestellt wird, im Zusammenhalt mit dem größeren Gesichtspunkt der Rechtspflege allgemein der alleinige und ausschlaggebende Faktor zu sein hat, von dem die Gerichte auch in der Anwendung des ArmAnwG. sich leiten zu lassen haben. So betrachtet, muß aber gerade die von Jonas abgelehnte Entscheidung des KG.: JW. 1936, 3588 als verständnisvolle Lösung der Schwierigkeiten begrüßt werden, mit denen der Armenanwalt bei der Wahrnehmung der Belange seiner Partei zu kämpfen hat. Und diese Schwierigkeiten tauchen eben besonders bei der Wahrnehmung auswärtiger Termine für die arme Partei auf, aber, wie die Entscheidung zeigt, doch auch bei Reisen zu sonstigen Zwecken. Und gerade dagegen wendet sich wiederum Jonas. Weshalb soll nicht der Armenanwalt in einem Falle, in dem eine Reise der Partei selbst die für den Prozeß notwendige Aufklärung nicht hätte schaffen können, in unmittelbarer Erledigung seines Auftrages als beigeordneter Armenanwalt an Stelle der Partei diese Reise ausführen und damit der Erledigung des Rechtsstreits selbst den besten Dienst erweisen? Etwas anderes scheint mir doch nicht der Sinn der von Jonas bekämpften Entscheidung zu sein.

Solange man nur daran festhält, daß derartige Fälle immer nur Ausnahmefälle bleiben müssen, besteht schwer-

lich die Gefahr, daß die Belastung der Staatskasse sich auf solche Art ins Uferlose auswachsen könnte. Einem etwaigen Mißbrauch solcher verständnisvoller Entscheidungen durch die Anwaltschaft könnte und würde wohl die Rechtsprechung sehr leicht entgegentreten. Er ist aber sicher nicht zu befürchten. Jedenfalls erkennt die Anwaltschaft in solchen Entscheidungen, vielleicht gerade dann, wenn sie Ausnahmefälle betreffen, den Willen des Gerichts, der tatsächlichen Gestaltung des Lebens nach Möglichkeit Rechnung zu tragen und die zur Verfügung stehenden gesetzlichen Handhaben in wirklich verständnisvoller, volksnaher Weise zu benutzen.

Damit hatte ich meine Ausführungen schließen wollen. Inzwischen ist mir aber noch ganz unerwartet ein wertvoller Bundesgenosse aus dem anderen „Lager" für meine Auffassung erwachsen. Denn soeben gelangt der kürzlich erschienene Kommentar von Gaedeke zum ArmAnwG. in meine Hände. Hier finde ich nicht nur in einem besonders interessanten Abschnitt (S. 20: „Grundsätzliches zur Anwendung des Gesetzes") den Grundsatz „in dubio pro fisco" als Leitsatz für die Anwendung des Gesetzes abgelehnt. Es ist auch eingehend zu der Frage der Reisekosten Stellung genommen (S. 113), und zwar in einem Sinne, der auch mir allein der Fassung und damit der Absicht des Gesetzes zu entsprechen scheint, für den im übrigen außer einer Reihe von Entscheidungen des KG. auch der Kommentar von Baumbach und sogar von Jonas selbst angeführt wird.

Informationserteilung zu Protokoll der Geschäftsstelle?

Von Kammergerichtsrat Dr. Gaedeke, Berlin

Ein wunder Punkt des Armenrechts ist von jeher die Informationserteilung der armen Partei an den ihr beigeordneten Anwalt gewesen. Das Gesetz hat sich nicht darum bekümmert, wie die arme Partei es ermöglicht, mit ihrem Anwalt in Verkehr zu treten und ihn ausreichend über den Prozeßstoff zu unterrichten. Zweifellos eine Lücke im Gesetz, die jedenfalls dann empfindlich in die Erscheinung tritt, wenn die Partei auswärts wohnt, der Prozeßstoff tatsächlich und rechtlich schwierig ist, die Partei nicht schriftgewandt genug ist und auch die Mittel zu einer oder gar zu mehrmaliger Reise zum Prozeßbevollmächtigten nicht aufzubringen vermag.

Bisher eröffnete das Gesetz unmittelbar keinen Ausweg, der armen Partei zu helfen. Es blieb nur der von mir bereits in meinem Aufsatz: „Wie weit reicht das Armenrecht?" (JW. 1935, 744) vorgeschlagene Weg einer Erweiterung der Armenrechtswirkungen durch besonderen Beschluß des Gerichts, indem es auf besonderen Antrag beim Vorliegen dringender Notwendigkeit den Kostenaufwand durch die arme Partei „genehmigte" und so diese Kosten als gerichtliche Auslagen auf die Reichskasse übernahm. Denn an sich ist eine Tragung bzw. Erstattung der Aufwendungen der Partei selbst als Bestandteil der Armenrechtswirkungen und damit als Bestandteil der Haftung der Reichskasse nicht vorgesehen. Diesen Weg ist denn auch die Praxis notgedrungen mitunter gegangen, wenn sonst die arme Partei praktisch rechtlos gestellt worden wäre, indem eine Verständigung mit ihrem Anwalt nicht ausführbar gewesen wäre, so z. B. bei einer taubstummen Partei, die nur mit Hilfe eines Dolmetschers ihren Anwalt überhaupt oder doch wenigstens ausreichend und mit der erforderlichen Genauigkeit informieren konnte (vgl. Entsch. des KG. vom 2. Febr. 1935: JW. 1935, 792; v. 30. Jan. 1937, 20 W 462/37, abgedr. unten S. 560[29] des Heftes), eine Möglichkeit, von der auch LG. Berlin inzwischen des öfteren Gebrauch gemacht hat.

Heute ist nun allerdings der Rechtszustand insofern ein anderer, als wenigstens die gesetzliche Möglichkeit der Beiordnung eines Verkehrsanwalts im Armenrecht durch § 39 Abs. 2 RAO. gegeben ist, ohne Frage ein erheblicher Fortschritt. Immerhin sind die Grenzen für eine solche Beiordnung recht eng. Es müssen „besondere Umstände" diese Maßnahme „erfordern". Es soll also diese Beiordnung wirklich nur dann erfolgen, wenn die Sachlage einen unmittelbaren Verkehr der Partei mit einem Anwalt erfordert, der mündliche Verkehr mit dem eigenen Prozeßbevollmächtigten dagegen sich nicht ermöglichen läßt oder auch deshalb nicht ausreicht, weil die besondere Situation eine laufende, mindestens wiederholte Beratung der Partei durch einen Anwalt nicht entbehrlich erscheinen läßt.

Es ist verständlich, daß die Gerichte diese Beiordnung als ultima ratio betrachten und nach Auswegen suchen, der armen Partei andere, billigere Maßnahmen zur Verfügung zu stellen oder auch solche Maßnahmen zuzumuten, die auf Kosten Dritter die Reichskasse entlasten könnten. So erklärt es sich, daß mitunter auch unzumutbare Anforderungen an die Partei gestellt werden, gegen die entweder rechtlich oder tatsächlich Bedenken zu erheben sind.

Ein Beispiel für ersteres bietet der unten S. 557[25] des Heftes abgedr. Fall (Entsch. v. 24. Dez. 1936, 30 W 6924/36), daß in einem Unfallprozeß das Gericht die Notwendigkeit der persönlichen Verständigung der armen Partei mit ihrem Prozeßbevollmächtigten zwar anerkannt hat, aber die Beiordnung eines Verkehrsanwalts mit der Begründung abgelehnt hat, die Partei könne sich ja durch einstweilige Verfügung von der Gegenpartei den für die notwendigen Reisen erforderlichen Vorschuß beschaffen! Dabei ist einmal übersehen worden, daß, wie das Beschwerdegericht dann auch zutreffend zum Ausdruck gebracht hat, eine Rechtsgrundlage für ein derartiges Vorgehen fehlte, ferner aber, daß der kranken Partei eine solche wiederholte Reise nicht zuzumuten war.

Mitunter finden sich aber auch Versuche, durch einen wirklich kostenlosen Weg der Partei zu helfen. Ihr wird anheimgestellt, ihre Erklärungen auf der Geschäftsstelle ihres Wohnsitzgerichts zu Protokoll zu geben. Auf den ersten Blick scheint damit ein vorzügliches Mittel gefunden, den berechtigten Interessen der Partei zu genügen, ohne die Reichskasse durch Beiordnung eines Verkehrsanwalts belasten zu müssen. In Wahrheit ist jedoch ein solches Mittel des Verkehrs der Partei mit ihrem Anwalt nicht nur rechtlich, sondern auch tatsächlich unzumutbar und unzulässig.

Rechtlich: Zu den Funktionen der Geschäftsstellen der Gerichte gehört zwar auch die Entgegennahme von Erklärungen der Parteien persönlich, doch nur in demjenigen Rahmen, den die ZPO. dafür vorgesehen hat. Es handelt sich dabei durchweg, wie das auch gar nicht anders sein kann, um Erklärungen, die für das Gericht bestimmt sind, im wesentlichen Anträge (Gesuche, Rechtsmittel) oder Erklärungen, die das Gericht von einer Partei (zur Aufklärung) verlangt. Niemals aber dient die Geschäftsstelle des Gerichts dazu, lediglich das Sprachrohr zwischen der Partei und ihrem Anwalt zu bilden und so den Verkehr zwischen dem Anwalt und seinem Mandanten zu vermitteln. Auch für die besonderen Zwecke des Armenrechts findet sich keine Ausnahme. Es kann zwar das Gesuch vor der Geschäftsstelle zu Protokoll erklärt werden (§ 118 Abs. 1 ZPO.). Es kann auch die Anhörung des Gegners auf ein vorliegendes Armenrechtsgesuch zu Protokoll der Geschäftsstelle des Prozeßgerichts oder des ersuchten Gerichts erfolgen (§ 118a Abs. 2 ZPO.). Dabei handelt es sich aber ausschließlich um an das Gericht gerichtete und für dieses bestimmte Erklärungen, selbst dann, wenn darin z. B. die Bevollmächtigung eines (beizuordnenden) Anwalts mitenthalten ist oder die Erklärung dann auch dem Anwalt der Partei aus irgendwelchen Gründen einmal übermittelt wird. Der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle müßte sogar ein Ansinnen der Partei, eine für ihren Anwalt bestimmte Erklärung aufzunehmen, ablehnen, weil eine solche Tätigkeit außerhalb seiner Funktionen liegt. Desgleichen würde ein Ersuchen des Prozeßgerichts, das auswärtige Gericht solle Information der Partei für ihren Anwalt aufnehmen, wohl kaum als ein zulässiges Ersuchen angesehen werden können.

Tatsächlich: Abgesehen aber von diesen rechtlichen Bedenken kann von keiner Partei verlangt werden, daß sie ihre

Information an ihren Anwalt dadurch der Kontrolle des Gerichts oder auch nur der Kenntnisnahme des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle unterwirft, daß sie ihre Erklärungen bei diesem zu Protokoll gibt. Das besondere Vertrauensverhältnis zwischen dem Anwalt und seinem Auftraggeber verträgt eine solche Einmischung von irgendwelcher dritten Seite nicht. Im übrigen würde auch das anwaltliche Berufsgeheimnis damit illusorisch gemacht. Dazu darf das Gericht nicht beitragen noch darf es der Partei deshalb, weil sie genötigt ist, im Armenrecht den Prozeß zu führen, derartiges zumuten.

Schließlich aber: Informationsaufnahme ist zugleich bereits Art der Beratung der Partei. Man kann wohl schwerlich sagen, daß einem solchen Amt der Urkundsbeamte ohne weiteres gewachsen wäre. Das ist eben Anwaltstätigkeit.

Kann daher der Verkehr der armen Partei mit ihrem Anwalt nur so gewährleistet werden, daß er mit Hilfe der Geschäftsstelle des Gerichts sich abwickelt, so ist das der beste Beweis dafür, daß hier „besondere Umstände" im Sinne des §39 Abs. 2 RAO. die Beiordnung eines Verkehrsarmenanwalts erfordern.

VIII. Deutscher Juristentag in der Tschechoslowakei

Der VIII. Deutsche Juristentag findet zu Pfingsten, und zwar von Freitag, den 14. Mai, bis Montag, den 17. Mai 1937, in Brünn statt. Das wissenschaftliche Verhandlungsprogramm wurde endgültig wie folgt festgesetzt:

1. Welche Maßnahmen empfehlen sich gegen den Mißbrauch von Sicherungsabtretung und Eigentumsvorbehalt?
   Gutachter: Gerichtsarzt Dr. Hans Frind, Eger.
   Referent: UnivProf. Dr. Heinrich Klang, Wien.
2. Welche Regelung verlangt die Rechtsstellung der Handelsagenten?
   Gutachter: UnivProf. Dr. Franz Laufke, Prag.
   Referent: Generalsekretär Dr. Rudolf Fernegg, Reichenberg.
3. Empfiehlt sich im Rechtsmittelverfahren gegen ein Gerichtshofurteil in Strafsachen eine Überprüfung der Tatfragen?
   Gutachter: Rat des Obersten Gerichts Dr. Robert Steiner, Brünn.
   Referent: UnivProf. Sektionschef Dr. Ferdinand Kadecka, Wien.
4. Gegenseitige Bindung der Gerichte und Verwaltungsbehörden an ihre Entscheidungen.
   Gutachter: Senatspräsident Dr. Egbert Ritter v. Mannlicher, Wien.
   Referent: UnivProf. Dr. Robert Neuner, Prag.
5. Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden und dessen Überprüfung.
   Gutachter: Rat des Obersten Verwaltungsgerichts Dr. Franz Hufnagl, Prag.
   Referent: Staatsr. UnivProf. Dr. Ludw. Adamovich, Wien.
6. Gestaltung des Verordnungsrechtes auf Grund der Verfassungsurkunde.
   Gutachter: UnivProf. Friedrich Sander, Prag.
   Referent: UnivProf. Dr. Walter Henrich, Brünn-Prag.

Das genaue Tagungsprogramm wird rechtzeitig bekanntgegeben werden. Auskünfte erteilt das Generalsekretariat des Deutschen Juristentages, Prag I. Abgeordnetenhaus, bei dem auch Einladungen anzufordern sind. Nach den bisherigen Anmeldungen zu schließen, ist schon heute mit einer starken Beteiligung auch deutscher ausländischer Juristen zu rechnen.

Reichs-Rechtsanwaltskammer

Zulassung von Anwälten vor den Ehrengerichten der gewerblichen Wirtschaft

Im Zuge der nationalsozialistischen Revolution wurden bei den Industrie- und Handelskammern kaufmännische Ehrengerichte geschaffen. Die Verfahrensordnung vor diesen Ehrengerichten war für jeden Bezirk verschieden. Auch die Frage der Zulassung von Anwälten vor diesen Ehrengerichten wurde örtlich verschieden gehandhabt. Schon vom Dez. 1933 an hat das Präsidium der Reichs-Rechtsanwaltskammer sich bei den zuständigen Stellen für eine einheitliche Regelung der kaufmännischen Ehrengerichtsbarkeit und für die Zulassung der Anwälte vor den kaufmännischen Ehrengerichten eingesetzt. Diese Bemühungen sind von Erfolg gewesen.

Im „Deutschen Reichsanzeiger" Nr. 23 v. 29. Jan. 1937 ist die

„Ehrengerichtsordnung der gewerblichen Wirtschaft"

veröffentlicht. Darin ist die kaufmännische Ehrengerichtsbarkeit für das ganze Reich einheitlich geregelt. Aus dieser Ehrengerichtsordnung sind für die Anwaltschaft von besonderem Interesse die §§22 und 6 im Zusammenhang mit §30 Abs. 4, die nachstehend im Wortlaut abgedruckt werden:

„§ 22. Erscheinen und Vertretung des Beschuldigten.

1. Der Vorsitzende des Ehrengerichts kann das persönliche Erscheinen des Beschuldigten in der Hauptverhandlung anordnen. Der Beschuldigte kann sich durch einen mit schriftlicher Vollmacht versehenen Vertreter verteidigen lassen.
2. Hat der Beschuldigte keinen Verteidiger, so kann ihm der Vorsitzende nach seiner Anhörung nach freiem Ermessen für die Hauptverhandlung einen Verteidiger bestellen."

„§ 6. Persönliche Voraussetzungen der Ehrenrichter.

1. Die Ehrenrichter müssen Reichsbürger sein, das 25. Lebensjahr vollendet haben und die Gewähr bieten, daß sie jederzeit rückhaltlos für den nationalsozialistischen Staat eintreten. Der Vorsitzende und seine Stellvertreter müssen die Fähigkeit zum Richteramt haben und sollen mit wirtschaftlichen Fragen vertraut sein.
2. Als Beisitzer dürfen nur Personen berufen werden, die seit mindestens einem Jahr als besonders bewährte und geachtete Berufsgenossen sich erwiesen haben.
3. Unfähig zu dem Amt eines Ehrenrichters sind Personen, die rechtskräftig mit einer ehrengerichtlichen Strafe aus §3 dieser Ehrengerichtsordnung oder aus §38 ArbOG. bestraft sind, ferner Personen, denen die bürgerlichen Ehrenrechte oder die Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter aberkannt sind oder gegen die das Hauptverfahren wegen eines Verbrechens oder Vergehens eröffnet ist und noch schwebt, das die Aberkennung zur Folge haben kann, und Personen, die infolge gerichtlicher Anordnung in der Verfügung über ihre Vermögen beschränkt sind.
4. Wird das Fehlen einer Voraussetzung für die Berufung nachträglich bekannt oder fällt eine Voraussetzung nachträglich fort, so berichtet, soweit es sich um den Vorsitzenden und seine Stellvertreter handelt, der Leiter der Wirtschaftskammer dem RWiM. In den übrigen Fällen enthebt der Vorsitzende des Ehrengerichts den Beisitzer seines Amtes. Vor der Entscheidung sind der Beisitzer und der Leiter der Wirtschaftskammer zu hören. Die Entscheidung ist endgültig."

„§ 30. Ehrengerichtshof der Wirtschaft.

1 bis 3.

4. Wegen der persönlichen Voraussetzungen der Reichsehrenrichter gilt §6 entsprechend."

Im §22 ist die Frage der Zulassung von Anwälten vor den Ehrengerichten der gewerblichen Wirtschaft in positivem Sinne entschieden. Aus §6 und §30 Abs. 4 ergibt sich, daß Rechtsanwälte auch als Vorsitzende oder Stellvertreter im Ehrengericht und Ehrengerichtshof mitwirken können.

(Umdruck Nr. 10/37 v. 10. Febr. 1937.)

Berufsfragen

Grundsätzliche Bemerkungen zur Reichsnotarordnung

Von Reichsgruppenwalter Rechtsanwälte Dr. H. Droege

Durch die Reichsnotarordnung v. 13. Febr. 1937 wird der langjährige Meinungskampf über die Ausgestaltung des Notariats abgeschlossen, der insbesondere durch die Streitfrage gekennzeichnet war, ob dem Anwaltsnotariat oder dem Nurnotariat der Vorzug zu geben sei. Die Reichsnotarordnung legt, wie sich aus der Gesamtheit ihrer Bestimmungen ergibt, das Nurnotariat als endgültigen Ansteuerungspunkt einer — wenn auch sehr langfristigen — Übergangsentwicklung fest und gibt ihm daher auf die Dauer gesehen vor dem Anwaltsnotariat den Vorzug.

Nachdem diese Entscheidung getroffen ist, hat es keinen Sinn, sich in historischen Reminiszenzen darüber zu ergehen, daß und warum sich vielleicht mancher die Entwicklung anders gewünscht hätte; sie muß vielmehr als solche anerkannt und damit als Ausgangspunkt den weiteren Überlegungen zugrunde gelegt werden.

Die vorhandenen Anwaltsnotare und Nurnotare werden durch diese Entscheidung nicht betroffen, da der vorhandene Besitzstand von der Reichsnotarordnung zugrunde gelegt wird, die sich aus ihr ergebenden Änderungen in Richtung auf das Nurnotariat also nur in der Zukunft wirksam werden. Das Augenmerk braucht infolgedessen nur auf diese zukünftige Entwicklung gerichtet zu werden, also darauf, wie sie sich auf den Nachwuchs der Rechtsanwälte und der Notare auswirken wird. Da z. B. von allen deutschen Notaren, wenn man von den württembergischen Bezirksnotaren absieht, etwa 90% Anwaltsnotare und nur etwa 10% Nurnotare sind und da ferner, wenn man hinsichtlich des Verhältnisses von Nurrechtsanwälten zu Nurnotaren die Ziffern des rheinischen Nurnotariats zugrunde legt, davon auszugehen ist, daß im Endstadium der von der Reichsnotarordnung angestrebten Entwicklung auf etwa 10 Nurrechtsanwälte ein Nurnotar kommen werden, so ergibt sich ohne weiteres, daß von den Auswirkungen der Reichsnotarordnung in der Zukunft zu 90% der anwaltliche Nachwuchs einschließlich der bereits vorhandenen Anwälte in den bisherigen Gebieten des Anwaltsnotariats, welche bis jetzt noch nicht zum Notar ernannt sind, betroffen wird. Hierbei ist zu erwähnen, daß zu dem Nachteil, den 90% des Nachwuchses gegenüber einer das Anwaltsnotariat als Endlösung ansteuernden Regelung dadurch erleiden, daß sie in immer zunehmendem Maße die Anwartschaft auf das Notariat verlieren, noch der weitere Nachteil hinzukommt, daß nach § 8 Abs. 2 Reichsnotarordnung die Einrichtung des Notaranwalts geschaffen wird, auf Grund derer die künftigen Nurnotare, indem sie zum Teil zugleich als Rechtsanwälte zugelassen werden, überdies noch in das verbleibende Arbeitsgebiet der Nurrechtsanwälte übergreifen können.

Auch wenn man davon ausgeht, daß sich diese ganze Entwicklung mit größter Schonung vollzieht und daß auch in den Großstädten im Bereich des Anwaltsnotariats, in denen ja nach den Presseäußerungen voraussichtlich zunächst zur Einsetzung von Nurnotaren übergegangen werden soll, die Anwartschaften der vorhandenen Nurrechtsanwälte auf das Anwaltsnotariat zunächst noch weitgehend geachtet werden, so kann man doch die Augen nicht davor verschließen, daß auf lange Sicht der anwaltliche Nachwuchs erheblich und fühlbar schlechter gestellt wird als die z. B. vorhandenen Rechtsanwälte. Geht man davon aus, daß es etwa 17000 Rechtsanwälte gibt und daß hiervon etwa 6000 Rechtsanwaltsnotare sind, und nimmt man weiter auch nur an (was m. E. noch zu gering gerechnet ist), daß die Rechtsanwaltsnotare etwa die Hälfte ihres Einkommens aus dem Notariat beziehen, so ergibt sich nach einfacher Rechnung, daß auf die Dauer gesehen bei im übrigen gleichbleibenden Verhältnissen die durchschnittlichen Einnahmen des anwaltlichen Nachwuchses sich gegenüber den Einnahmen der vorhandenen Rechtsanwälte um annähernd $\frac{1}{5}$ verringern werden. Stellt man diese Rechnung nicht für die Gesamtheit der Anwälte, sondern nur für die Anwälte der Gebiete des Anwaltsnotariats an, so erhöht sich diese Ziffer noch beträchtlich. Geht man davon aus, daß 12000 Anwälte im Bereich des Anwaltsnotariats niedergelassen und hiervon 6000 Anwaltsnotare sind, und nimmt man wiederum an, daß die Hälfte der Einnahmen der Rechtsanwaltsnotare auf das Notariat entfällt, so würde sich im Endstadium für den Nachwuchs dieser Gebiete des Anwaltsnotariats gegenüber den Einkommensverhältnissen der vorhandenen Anwälte bei im übrigen gleichbleibenden Verhältnissen eine Verschlechterung um ein Viertel der durchschnittlichen Einnahmen ergeben.

Die unausbleibliche Schlußfolgerung scheint mir zu sein, daß, wenn nicht andere Auswege gefunden werden, eine noch stärkere Begrenzung in der Zulassung neuer Anwälte vorgenommen werden muß, und zwar nach obigem für das gesamte Reichsgebiet um nahezu $\frac{1}{5}$. Eine solche weitere Beschränkung des Nachwuchses wäre aber aus den verschiedensten Gründen, die so klarliegen, daß hier nicht näher darauf eingegangen zu werden braucht, im höchsten Maße unerwünscht. Es muß daher m. E. von seiten der Anwaltschaft alles Bemühen daran gesetzt werden, hier einen tragbaren Ausweg für unseren anwaltlichen Nachwuchs zu finden, und zwar dergestalt, daß die nunmehr festgelegte Ansteuerung des Nurnotariats hiermit nicht im Widerspruch steht.

Als naheliegendster und einfachster Weg erscheint mir folgender: Es wird zwar das Nurnotariat angesteuert, aber so, daß der Notarberuf nicht von vornherein vom Anwaltsberuf getrennt wird, sondern vielmehr aus dem Anwaltsberuf hervorgeht. Es würde sich daher im Endstadium etwa folgende Lösung ergeben: Es wird ein gemeinsamer Ausbildungsgang für die Anwärter des Anwaltsberufes und des Notarberufes geschaffen, indem die Probe- und Anwaltsassessoren in beiden Berufen ausgebildet werden. Nach abgeschlossener Ausbildung, welche durch die vorhandenen Anwärter den Grundstock für beide Berufe schafft, erfolgt in der Regel die Zulassung als Rechtsanwalt, in ländlichen Bezirken unter Umständen alsbald auch als Notaranwalt. Die Nurnotare werden aus der Zahl der Rechtsanwälte nach Eignung und Bedürfnis entnommen; gegebenenfalls hätte der bisherige Anwalt vor der Bestellung zum Nurnotar noch einmal eine gewisse (natürlich seinem Lebensalter und seiner Lebensstellung angemessene) Vorbereitungszeit für das Notariat zu durchlaufen. Für die nach der Reichsnotarordnung vorgesehene langjährige Übergangszeit könnte dieses System den zur Zeit bestehenden Verhältnissen demgemäß angepaßt werden, also etwa einerseits Anwärter alsbald zum Nurnotar ernannt werden, wenn sie ihre Ausbildungszeit überwiegend beim Nurnotar verbracht haben, andererseits Nurnotare auch in großstädtischen Bezirken im Bereich des bisherigen Anwaltsnotariats für eine gewisse Anzahl von Übergangsjahren auch noch als Rechtsanwälte zugelassen werden (Notaranwälte), jedoch mit der Maßgabe, daß sie keine streitige Praxis ausüben dürfen, sich vielmehr auf die konsultative Praxis zu beschränken haben. Auf diese Weise könnte die Härte des Überganges vom Anwaltsnotariat auf das Nurnotariat wesentlich gemildert werden, da es m. E. für einen Nurnotar im Bereiche des Anwaltsnotariats und gegenüber zahlreichen Anwaltsnotaren außerordentlich schwer sein wird, Fuß zu fassen, wenn man ihm nicht noch so lange, als nicht das Nurnotariat in dem betreffenden Bezirk bereits das Anwaltsnotariat überwiegt, wenigstens die Berufsbezeichnung als Rechtsanwalt beläßt.

Mein Vorschlag, den ich in diesem Zeitpunkt nur in

dieser skizzenhaften Form zur Erörterung stellen möchte, kommt also auf folgende Punkte hinaus:

1. Es wird von dem Grundsatz der Reichsnotarordnung ausgegangen, daß das Nurnotariat anzusteuern ist.

2. Um schwere Schäden des anwaltlichen Nachwuchses zu verhüten und den sonst nur möglichen durchaus unerwünschten Ausweg einer weiteren Beschränkung des anwaltlichen Nachwuchses zu vermeiden, werden der Anwaltsberuf und der Notarberuf derart aufeinander abgestimmt, daß grundsätzlich der Notarberuf aus dem Anwaltsberuf hervorgeht.

3. Zu diesem Zwecke wird insbesondere ein einheitlicher Anwärterstand von Probeassessoren des anwaltlichen und Notardienstes und von Anwalts- und Notarassessoren geschaffen.

4. Aus der Gesamtheit dieser Anwärter gehen zunächst die Anwälte bzw. in ländlichen Gebieten die Notaranwälte hervor.

5. Aus den Anwälten gehen wiederum die Nurnotare hervor.

6. Dieses System wird für die langfristige Übergangszeit auf die gegenwärtigen Verhältnisse in den Bereichen des Anwaltsnotariats einerseits und des Nurnotariats andererseits dergestalt abgestimmt, daß hierdurch die Übergangsschwierigkeiten weitgehend verringert werden.

Vorstehenden Vorschlägen liegen außer den offensichtlichen praktischen Erwägungen auch noch die folgenden ideellen Gesichtspunkte zugrunde: Wenn auch nicht zu verkennen ist, daß die Berufe des Rechtsanwalts einerseits und des Notars andererseits in ihrem Schwerpunkt bedeutungsvolle Verschiedenheiten aufweisen, nach denen man den Anwalt als den Interessenwalter, den Notar hingegen als den unparteiischen Mittler charakterisieren mag, so ist es doch ebenso deutlich, daß die Entwicklung dieser beiden Berufe nicht etwa auseinandergeht, sondern sich im Gegenteil einander nähert, und zwar insbesondere deshalb, weil für den Rechtsanwalt die streitige Interessenwahrnehmung immer mehr zugunsten einer streitvorbeugenden und rechtsberatenden Tätigkeit zurücktritt. Da andererseits die neue Reichsnotarordnung den Notar als Rechtswahrer auf dem Gebiet vorsorgender Rechtspflege für zuständig erklärt, der Notar also in Zukunft nicht nur für die eigentliche Urkundstätigkeit zuständig ist, sondern die Volksgenossen auch in Grundstücks-, Hypotheken-, Gesellschafts- und ähnlichen Angelegenheiten beraten und gegebenenfalls sogar vor Gerichten und Verwaltungsbehörden und in sonstiger Weise vertreten soll, so ergibt sich, daß beide Berufe sich auf einem mittleren Gebiet überschneiden, und zwar dergestalt, daß der Anwaltsberuf seiner Natur nach das Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege mitumfaßt, während andererseits der Notar nach der nunmehr getroffenen Regelung bis zu einem gewissen Grade außer seiner eigentlichen Aufgabe als unparteiischer Mittler auch eine Aufgabe als Interessenvertreter erfüllen soll. Wenn also im großen gesehen die Rechtsentwicklung im nationalsozialistischen Staat dazu geführt hat, daß diese beiden Berufe sich ideenmäßig und auch in ihrer tatsächlichen Ausübung nicht etwa voneinander entfernt, sondern im Gegenteil einander angenähert haben, so erscheint es mir, ganz abgesehen von praktischen Erwägungen, grundsätzlich das einzig Richtige, sie aus einer gemeinsamen Wurzel entspringen zu lassen, wobei es wiederum konsequent ist, den Notarberuf als den spezielleren Beruf aus dem Anwaltsberuf als dem allgemeineren Beruf hervorgehen zu lassen.

Verhältnis der Rechtsanwälte zu den Rechtsbeiständen

Von Rechtsanwalt Dr. Hawlitzky, Forst i. L.

Die Aufgaben der Abteilung Berufsfragen zeigen in der vom Reichsgruppenwalter Rechtsanwälte Dr. Droege in JW. 1937, 213 vorgenommenen Zusammenstellung eine derartig überwältigende Fülle des Stoffes, daß es schwer fällt, ein bestimmtes Gebiet allein herauszugreifen und zu behandeln. Die Praxis möchte am liebsten sofort sämtliche Fragen gründlich und klar gelöst sehen.

Besonders dringend ist die Regelung des Verhältnisses zwischen Rechtsanwälten und Rechtsbeiständen, die unter Ziff. 12 angeführt ist. Wir haben nach dem Gesetz zur Verhütung von Mißbräuchen auf dem Gebiete der Rechtsberatung v. 13. Dez. 1935 keine Winkelkonsulenten unter den zugelassenen Rechtsbeiständen mehr; die Rechtsbeistände sind als Mitglieder der Reichsberufsgruppe Rechtsbeistände in einer eigenen Abteilung der Rechtsfront eingeordnet, die dafür bürgt, daß die Berufstätigkeit in der vorgeschriebenen Weise ausgeübt wird. Damit entfallen aber die Schranken, die früher dem Rechtsanwalt im beruflichen Verkehr mit den Besorgern fremder Rechtsgeschäfte gezogen waren. Es steht nichts im Wege, daß beide Gruppen von Rechtswahrern, Rechtsanwälte und Rechtsbeistände, in freundschaftlicher und kameradschaftlicher Form die Berufsaufgaben erfüllen. Im Gegenteil, es ist dies als Wunschziel einer geordneten Rechtspflege zu erblicken, so daß der Berufsverkehr zwischen Rechtsanwälten und Rechtsbeiständen grundsätzlich freizugeben ist.

Nach § 1 der 2. VO. zur Durchführung des Gesetzes zur Verhütung von Mißbräuchen auf dem Gebiete der Rechtsberatung v. 3. April 1936 verpflichtet die Erlaubnis zur geschäftsmäßigen Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten zur redlichen, gewissenhaften und ordnungsmäßigen Führung der übernommenen Geschäfte. Es ist den Rechtsbeiständen verboten, Dritten in schriftlichen, mündlichen oder sonstigen Ankündigungen ihre Dienste anzubieten; sie sind an bestimmte Vorschriften gebunden, die eine lautere Erfüllung der Arbeiten gewährleisten und die in der VO. mitgeteilt werden. Sie unterstehen der Aufsicht des zuständigen LG.- oder AGPräs.

Der Rechtsbeistand kann und wird in Beziehungen zum Anwalt treten, die nicht zu vergleichen sind mit dem Zustand des englischen Rechts, in dem der sollicitor gegenüber dem barrister wesentlich bestimmte Aufgaben zu erfüllen hat, die aber doch eine gewisse Teilung der Arbeit mit sich bringen. Es ist auch nicht der Zustand, der in der Schweiz besteht, wo die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft nicht an die Voraussetzungen eines Hochschulstudiums geknüpft ist. Es handelt sich um eine für deutsche Verhältnisse arteigene Einrichtung.

Das Präsidium der Reichsrechtsanwaltskammer hat am 4. Nov. 1935: JW. 1935, 3212 angeordnet, daß für den beruflichen Verkehr des Anwalts mit den Mitgliedern der Reichsberufsgruppe Rechtsbeistände die Ziff. 67—70 der Richtlinien für die Ausübung des Anwaltsberufs maßgebend sind, nach denen unter anderem kein Bedenken dagegen besteht, daß ein Rechtsanwalt für eine von einem auswärtigen Rechtsbeistand vertretene Partei die Terminswahrnehmung übernimmt. Dagegen ist erforderlich, daß eine Prozeß- oder Terminsvollmacht von der Partei unmittelbar auf den Rechtsanwalt ausgestellt wird. Diese Anordnung erscheint nach der bisherigen Entwicklung als überholt. Die Zusammenarbeit der Rechtsanwälte mit den Rechtsbeiständen braucht nicht auf die auswärtigen Mitglieder beschränkt zu werden, sondern kann auch mit den am Ort ansässigen erfolgen. Es wird ferner auch empfehlenswert sein, zuzulassen, daß der Anwalt mit Terminsvollmacht des Rechtsbeistandes auftritt und nicht nur in Prozeßvollmacht. Es wird dadurch vermieden, daß die Parteien allein die Termine vor dem Gericht wahrnehmen und in Unkenntnis der Prozeßvorschriften handeln und durch einen unsachgemäßen Vortrag die Zeit und Arbeit des Gerichts unnötig beanspruchen. Eine Änderung dieses Zustandes ist offenbar beabsichtigt, wie das „Jahrbuch für deutsche Rechtsanwälte und Notare 1937" zeigt, das vom Reichsgruppenwalter Rechtsanwälte herausgegeben ist und auf S. 103 ff. unter K. die Richtlinien über den Verkehr mit Prozeßagenten, Rechtsbeiständen usw. abdruckt und in Anm. 14 bemerkt, daß die durch das Ges. vom 13. Dez. 1935 geschaffenen Rechtsverhältnisse auf dem Gebiete

der nichtanwaltlichen Prozeßvertretung und Beratung demnächst eine Neuregelung der Richtlinien zur Folge haben werden.

Gelangt man zu derartigen Schlüssen, so kann es auch nicht schwer sein, die Frage zu entscheiden, ob die Rechtsbeistände dieselben Gebühren wie die Rechtsanwälte zu erhalten und zu erheben haben. Der Einwand, der dagegen vorgebracht wird, daß alsdann die Leistungen als gleichwertig angesehen werden, ist nicht zu beachten. Mit der Zulassung sind die Dienste der Rechtsbeistände denen der Rechtsanwälte gleichgesetzt; es kann also nicht ein Unterschied in der Berechnung der Gebühren gemacht werden. Eine andere Frage wäre es, wenn die Unkosten berücksichtigt werden. Der Rechtsbeistand wird in der Regel nicht die hohen Aufwendungen haben, die der Rechtsanwalt zu erbringen hat, obwohl die Vergütung bei den kleinen Streitgegenständen auch für den Rechtsbeistand so niedrig ist, daß sie die Unkosten nicht deckt. Der Rechtsanwalt setzt gewöhnlich erheblich zu, so daß seine Arbeit damit überhaupt nicht vergütet wird, sondern ihm mit den Gebühren nur ein Unkostenanteil erstattet wird. Es ist aber wichtig, daß bei der Gleichstellung der Vergütung der Rechtsanwälte und der Rechtsbeistände eine Unterbietung beseitigt wird, die von großer praktischer Bedeutung ist. Bereits in JW. 1934, 2506 Anm. 3 habe ich die Frage der Vergütung der Rechtsbeistände erörtert und ausgeführt, daß es folgerichtig ist, nachdem die Mitglieder der Reichsberufsgruppe zugelassen sind, ihnen nicht nur dieselben Gebühren wie den Rechtsanwälten zuzubilligen, sondern ihnen sogar die Pflicht aufzuerlegen, diese zu berechnen. Besonders wegen der Unterbietungsgefahr bei den Beitreibungssachen ist dies erforderlich.

Was ist ein Eingriff in die Berufsaufgaben des Rechtsanwalts?

Von Rechtsanwalt Dr. Fritsche, Görlitz

Man wird die sogenannten Eingriffe in die Berufsaufgaben des Rechtsanwalts in drei Arten teilen können, und zwar ihrer Ursache entsprechend:

1. Der angegriffene Rechtsanwalt ist noch zu stark mit liberalistischen Gedankengängen belastet und gibt in der Ausübung der Praxis berechtigten Anlaß zur Beanstandung seiner Tätigkeit durch nationalsozialistische Amtsträger.

2. Der eingreifende nationalsozialistische Amtsträger ist durch die von dem Rechtsanwalt, dessen Tätigkeit beanstandet wird, vertretene Partei oder die Gegenpartei falsch informiert worden.

3. Es liegt ein wirklicher unzulässiger Eingriff in die Berufsaufgaben und Tätigkeit des Anwalts vor.

Am häufigsten wird der Fall 2 gegeben sein. Volksgenossen und Parteigenossen, nicht immer gerade die bewährtesten Nationalsozialisten, sind in einem Rechtsstreit mit vollem Recht unterlegen, weil sie eben Unrecht hatten, das Gericht dies erkannt hat und sie demzufolge Mißerfolg gehabt haben. Aus Beschränktheit oder Böswilligkeit wollen sie dies nicht einsehen und wenden sich nunmehr beschwerdeführend an Parteidienststellen. Sie stellen natürlich nicht den Sachverhalt objektiv richtig dar, verschweigen insbes. vorliegende Gerichtsentscheidungen oder mindestens die Gründe dieser Entscheidungen, so daß nach ihrer Darstellung der Amtsträger, der an sich vielleicht noch nichts Ungünstiges über einen solchen Beschwerdeführer gehört hat, zur Überzeugung gelangt, dem Mann sei Unrecht geschehen.

Wenn nun in einem solchen Falle von dem Beschwerdeführer ein Anwalt beschuldigt wird, wird der Amtsträger den Anwalt zur Rechenschaft auffordern, und zwar mit vollem Recht. Hier ist es nun Aufgabe des Anwalts, sofort den Amtsträger in sorgfältigster Weise, möglichst unter Beifügung von Abschriften bereits erlassener Gerichtsentscheidungen usw. zu überzeugen, daß er das Opfer einer unrichtigen Darstellung geworden ist. Ich gebe zu, daß eine solche Aufklärung mit einer gewissen Mühewaltung verbunden ist. Es ist aber nicht nur für den Rechtsstand, sondern auch für den Anwalt selbst vielleicht vorteilhafter, sich der meist bescheidenen Mühewaltung zu unterziehen und den Amtsträger sorgfältig aufzuklären, als eine solche Beanstandung seiner Tätigkeit mit einer mehr oder weniger schroffen Erwiderung zu beantworten oder gar unbeantwortet zu lassen. Die Achtung des Amtsträgers vor dem Anwaltsberuf wird in jenem Falle steigen, wenn er von dem Anwalt sofort eine verständliche und eingehende Auskunft erhält, welche geeignet ist, denn Anwalt voll zu rechtfertigen.

Gar nicht so selten ist aber auch der Fall 1: Nach dem berüchtigten liberalistischen Grundsatz: „Was nicht ausdrücklich verboten ist, ist erlaubt“, pflegt heute mancher Anwalt sich Berufsaufgaben zu stellen, die mit seinen Pflichten als nationalsozialistischer Rechtswahrer nicht in Einklang zu bringen sind. Mir wurde kürzlich da folgender Fall vorgetragen, der recht bezeichnend ist und gerade als Schulbeispiel dienen kann: In einem kleinen Ort befindet sich ein AG., an welchem zwei Anwälte tätig sind. Beide sind Arier und Mitglied des NSRB. Eine jüdische Firma in Berlin verklagt auf Grund irgendwelcher Ansprüche, die sie aus in der Systemzeit geschlossenen Verträgen zu haben glaubt, die kleine Stadtgemeinde. Die jüdische Firma beauftragt mit ihrer Vertretung vor dem AG. der Stadt den einen dort zugelassenen Kollegen. Dieser nimmt das Mandat an. Der Bürgermeister und Ortsgruppenleiter der Stadt fordert ihn auf, sofort das Mandat niederzulegen, da er sonst für ihn erledigt ist, gesellschaftlich und als Mensch überhaupt.

Darauf wendet sich der Anwalt beschwerdeführend an mich als Bezirksführer des NSRB. mit der Aufforderung, sofort das Erforderliche zu veranlassen und meinem alten Pg., Bürgermeister und Ortsgruppenleiter der kleinen Stadtgemeinde, klarzumachen, daß es durchaus richtig und ordentlich ist, wenn ein nationalsozialistischer Rechtswahrer eine Judenfirma vertritt. Der Anwalt fügt den Hinweis hinzu, daß die Vertretung von Juden für ihn nicht verboten sei, da er kein Amt im nationalsozialistischen Rechtswahrerbund bekleide.

Hier liegt eine völlige Verkennung der Pflichten vor, die einem Kollegen heute obliegen, der das Abzeichen des nationalsozialistischen Rechtswahrerbundes trägt. Er durfte schon in solchem Fall das jüdische Mandat überhaupt nicht annehmen, wenn er innerlich ehrlich bleiben wollte. Machte er aber diesen Fehler, so mußte er schleunigst das Mandat niederlegen, als er von seinem zuständigen Hoheitsträger auf seinen groben Fehler aufmerksam gemacht wurde.

Aufgabe in einem solchen Falle ist es für die Amtsträger des nationalsozialistischen Rechtswahrerbundes, aufklärend einzugreifen und die Folgen begangener Fehler, falls es gewünscht wird, durch Vermittlung mit dem Amtsträger der Partei zu beseitigen oder zu mindern.

Wohl am seltensten ist der dritte Fall: Wenn ein Anwalt nach sorgfältiger Prüfung zu der Überzeugung gelangt, daß der Fall 3 gegeben ist, dann wendet er sich zweckmäßig an seinen zuständigen Bezirksführer oder Bezirksgruppenwalter Rechtsanwälte. Diese Amtsträger des nationalsozialistischen Rechtswahrerbundes, meist alte Parteigenossen, werden stets in der Lage sein, williges Gehör bei dem Amtsträger, der den Eingriff gemacht hat, oder bei dessen Vorgesetzten zu finden. Die Pflege guter Beziehungen zu allen Gliederungen der Partei und der Partei selbst, ist ja eine der Hauptaufgaben dieser Amtsträger. Es wird dann wohl in den meisten Fällen möglich sein, den Amtsträger der Partei zur Änderung seines Standpunktes zu veranlassen oder ein Eingreifen seines Vorgesetzten zu erwirken.

Ist dies wirklich nicht möglich, so gehört selbstverständlich der Amtsträger des nationalsozialistischen Rechtswahrerbundes unter vollem Einsatz seiner Person neben den Kameraden, gegen den der unzulässige Eingriff veranlaßt ist.

Aus der Deutschen Rechtsfront

Politische Prozesse im Kampf gegen Deutschland

Ein Vortragsabend im Hause der Deutschen Rechtsfront in Berlin

Ereignete sich irgendwo in der Welt einmal ein großes Verbrechen, fiel irgendwo in der Welt einmal eine über seine Mitmenschen hinausragende Persönlichkeit einem Mordanschlag zum Opfer, so wurde eine solche Tat nur nach den äußeren Merkmalen beurteilt und zu erklären versucht. Es fand sich kaum jemand, der nach den oft nur schwer erkennbaren Hintergründen einer solchen Bluttat forschte, die, obwohl fast immer eine politische, doch meist in ein unverfängliches Mäntelchen gehüllt war. Gelang es diesem Forschenden aber, die verhüllenden Schleier beiseitezuschieben und das letzte zu erkennen, so entdeckte er stets, verborgen hinter der Freimaurerei, als einzig Interessierten und geistigen Urheber dieses Verbrechens den Weltfeind, den Juden.

Dank der Aufklärungsarbeit des Nationalsozialismus und der fortschreitenden Rassenerkenntnis hat man in Deutschland gelernt, nach den Hintermännern eines politischen Verbrechens zu suchen und ihren geistigen Urheber zu ermitteln; in anderen Ländern, in denen die vom Judentum geleitete und daher auch geschützte Freimaurerei noch wirkt und die Herrschaft ausübt, urteilt man nach wie vor nur nach den äußeren Umständen. Dies geschah insbes. in dem im Dezember vorigen Jahres vor dem Kantongericht in Chur verhandelten Prozeß gegen den Mörder des Landesgruppenleiters Schweiz der NSDAP., Wilhelm Gustloff, den jüdischen Studenten David Frankfurter.

Im Auftrage und als Vertreter Deutschlands nahmen insbes. zwei Männer an der Verhandlung in Chur und ihren Vorbereitungen teil, der bekannte Rechtsanwalt und Verteidiger in politischen Prozessen Prof. Dr. Grimm, Essen, und RegR. Diewerge, Berlin, der Verfasser weitverbreiteter Aufklärungsschriften über das Judentum. Beide sprachen auf Veranlassung und in Gegenwart des Reichsrechtsführers, RMin. Dr. Frank, kürzlich im Hause der Deutschen Rechtsfront über das Thema „Politische Prozesse im Kampf gegen Deutschland".

Wer sich den Weltherrschaftsplänen des Judentums entgegenstellt und Aufklärungsarbeit leistet über dessen wahre Absichten, darf der Verfolgungen und Verleumdungen dieser Gegenrasse sicher sein. Das traf schon früher zu, als einzelne Männer das Judentum bekämpften. Heute ist es das nationalsozialistische Deutschland, das ihm entgegentritt und seinen Einfluß zurückdrängt. Und mit den gleichen Mitteln, mit denen es den einzelnen bekämpfte, bekämpft heute das internationale Judentum das Dritte Reich. Boykott, Wirtschaftskrieg und Propaganda sind diese Mittel, und im Bereich der Propaganda besonders der politische Prozeß.

In seinem Vortrage wies RegR. Diewerge nach, daß schon im Kairoer Judenprozeß, in dem eine nur Tatsachen über das verheerende Wirken des Judentums enthaltende Schutzschrift der Deutschen Ägyptens zu der Absicht, das nationalsozialistische Deutschland zu treffen, herhalten mußte, die gleichen Juden hinter den Kulissen wirkten, wie im Davoser Mordprozeß. Hier wie dort waren es die Männer der Weltliga zur Abwehr des Antisemitismus, die den zum Vorgehen Auserwählten hilfreich zur Seite standen. Der gesamte Apparat der vom Judentum beherrschten Presse mußte, ebenso wie im Kairoer Judenprozeß, dazu herhalten, die Mordtat an Wilhelm Gustloff als den am leichtesten und gefahrlosesten zu erreichenden Vertreter des verhaßten Dritten Reiches vorzubereiten. Zugleich aber sollte mit Gustloff auch die Auslandsorganisation der NSDAP. getroffen werden, um die in der Schweiz lebenden Deutschen ihres politischen Zusammenschlusses zu berauben. Man hoffte, daß, wäre erst einmal die Landesgruppe Schweiz der NSDAP. verboten, auch andere Länder den in ihren Grenzen wohnenden Auslandsdeutschen ihre politische Organisation verbieten würden. Das trat aber nicht ein, im Gegenteil erwies sich in dem späteren Prozeß die völlig legale Haltung sowohl Gustloffs als auch der Landesgruppe selbst, deren Verbot aber trotzdem nicht aufgehoben wurde.

Es war also, wie RegR. Diewerge darlegte, propagandistisch gesehen, der erste große Fehler in diesem jüdischen Haßfeldzug, sich als Opfer einen Mann auszusuchen, dem man auch bei Inszenierung der übelsten Hetzkampagne weder menschlich noch persönlich oder charakterlich das geringste anhaben konnte. Als dann der Mord geschehen war, trat sofort der ganze, der Weltliga zur Verfügung stehende Apparat zur Verdunkelung und Entschuldigung der Tat in Tätigkeit, über den sowie über den Ablauf des Prozesses selbst die kürzlich im Eher-Verlag erschienene Broschüre von Wolfgang Diewerge, „Ein Jude hat geschossen", Auskunft gibt. Wer als Jude unter seinen Rassegenossen und darüber hinaus in dem noch nicht aufgeklärten Ausland einen Namen besaß, wurde aufgeboten, den feigen Mörder zu verherrlichen und ihn zum Nationalhelden Judas zu stempeln. Erst während des Prozesses wechselte das Judentum seine Taktik und machte aus dem Heros Frankfurter einen kranken, durch die Ereignisse in Deutschland aus seiner Depression zur Explosion gebrachten Schwächling, damit zugleich seine künftige Überführung in ein Sanatorium vorbereitend. Nach schweizerischer Rechtsauffassung hat mit der Strafe von 18 Jahren Zuchthaus der Mord in Davos seine strafrechtliche Erledigung und persönliche Sühne gefunden. Weil die Schweiz eine Judenfrage nicht kennt, wurde trotz vieler Beweise für das Vorhandensein von Hintermännern, deren Werkzeug Frankfurter war, nach diesen nicht geforscht. Die Entwirrung dieser geheimen Fäden und die Feststellung der Drahtzieher, für deren Vorhandensein insbes. der bekannte Mordbefehl auf der Zigarettenschachtel spricht, ist Deutschland, wie RegR. Diewerge erklärte, noch Wilhelm Gustloff schuldig.

Freimaurer- und Judentum als Auftraggeber und Leiter standen auch im Hintergrund der Prozesse und Greuellügen, die Prof. Dr. Grimm in seinem Vortrag berührte. Ob es sich dabei um die sogenannten Kriegsverbrecherprozesse im Anschluß an den Weltkrieg oder den gegen die elf Schillschen Offiziere von 1809, die vielen politischen Strafverfahren der Nachkriegszeit in Westdeutschland oder die sogenannten Fememordprozesse handelte, stets war es das Bestreben, die politische Tendenz der Handlungen durch den Vorwurf gemeiner Verbrechen zu verschleiern. Alle möglichen Delikte, Mord, Totschlag, Störung der öffentlichen Ordnung, Diebstahl, ja besonders häufig Beleidigungen, mußten herhalten, um die Angeklagten in den Augen der Öffentlichkeit herabzusetzen. Diese Art der Prozeßführung, hinter der das Freimaurertum stand, das sich geschworen hatte, Deutschland zu vernichten, wurde auch von den unter jüdischer Führung stehenden Linksregierungen gegen Rechtskreise angewendet. Als dann der Nationalsozialismus im Kampfe um die Macht in Deutschland siegte und die geistigen Urheber dieser Prozesse nach dem Auslande flohen, setzten sie dort Scheinprozesse in Szene, bei denen das nationalsozialistische Deutschland der Angeklagte sein sollte. Da aber weder die in Unmengen verbreiteten Greuelbücher ihre beabsichtigte Wirkung taten noch die von jüdischen Emigranten, den ehemaligen Hetzern in Linkskreisen Deutschlands, gebildeten „Gerichtshöfe" ausreichendes Ansehen genossen, war man bestrebt, wirklich anerkannte internationale Gerichte zu Urteilssprüchen gegen das Dritte Reich zu veranlassen. So kam es zu dem bereits oben erwähnten Kairoer Judenprozeß, in dem gleichfalls Prof. Dr. Grimm die deutschen Interessen vertrat und über den RegR. Diewerge die Broschüre „Der Kairoer Judenprozeß" veröffentlichte. Auch diesen Prozeß gedachte das Judentum presse-

mäßig auszuschlachten; es war freilich dann sehr erstaunt, als nach dem obsiegenden Urteil der deutschen Partei die ägyptische Presse feststellte, daß die Juden durch ihr Verhalten nun erst das Judenproblem richtig geschaffen hätten.

In ähnlicher Weise hätte sich, wie Prof. Dr. Grimm darlegte, der Prozeß ausgewirkt, den die Juden in Basel und Bern wegen der Protokolle der Weisen von Zion anstrengten. Nach dieser Verhandlung, in der die Juden nicht erreichen konnten, daß die Protokolle als Schmutz- und Schundliteratur bezeichnet wurden, erklärte eine Schweizer Zeitung, daß demnächst jeder Schweizer die Protokolle haben und lesen würde.

Zum Schluß seiner Ausführungen beschäftigte sich Prof. Dr. Grimm noch mit dem Verhalten des von der Weltliga zur Abwehr des Antisemitismus dem Mörder Frankfurter empfohlenen Verteidigers Dr. Curti. In der Verlesung des ihm überreichten Propagandamaterials, enthaltend die übelsten und längst als unzutreffend bekannten Hetzereien, habe sich die Verteidigertätigkeit Dr. Curtis in der Verhandlung erschöpft. Mit dieser unerhörten Verletzung der einfachsten Pflichten eines Verteidigers habe er eine sehr niederträchtige Auffassung von seinen Pflichten als Anwalt an den Tag gelegt, indem er eben nur so weit tätig geworden sei, als er Auftrag gehabt und dafür Bezahlung erhalten hätte. Auch dieser Prozeß, der den Nationalsozialismus treffen sollte, habe sich gegen seine Urheber gerichtet.

Seinem Dank an Prof. Dr. Grimm und RegR. Diewerge schickte RMin. Dr. Frank folgende Worte voraus: „Der Schuß, mit dem ein feiger Jude einen der besten Deutschen niederstreckte, war zwar von einem jüdischen Individuum gegen einen einzelnen deutschen Volksgenossen abgegeben, er war aber zugleich ein Ausdruck der Spannung zwischen zwei Rassen. Wir müssen diesen Prozeß in diesem größeren Ausmaße ansehen, so ansehen, daß wir alle, jeder einzelne von uns Deutschen, durch diesen Schuß mit getroffen sind. Mit vollem Recht hat die deutsche Vertretung daher hier auch den Angriff nicht nur gegen den einen Juden, das Werkzeug der Internationale, gerichtet, sondern gegen die Totalität jenes zersetzenden Geistes, der nunmehr seit Jahrtausenden alle Kulturvölker zu unterwühlen trachtet und zum großen Teil schon zerstört hat. In diesem grandiosen weltpolitischen Aspekt müssen wir diesen Vorgang des ‚Prozesses Frankfurter' sehen."

E.-H. Wechmann.

Schrifttum

Dr. Paul Gaedeke, KGR. in Berlin: Das Gesetz betr. die Erstattung von Rechtsanwaltsgebühren in Armensachen v. 20. Dez. 1928 (RGBl. I, 411) mit den Abänderungen des Ges. v. 13. Dez. 1935 (RGBl. I, 1469). Leipzig 1937. W. Moeser Buchhandlung. 364 S. Preis geb. 6 RM.

Besprechung folgt. D. S.

Wirtschaftstreuhänder-Jahrbuch 1937. Herausgeber Dr. Otto Mönckmeier, Reichsgruppenwalter Wirtschaftsrechtler im NSRB., Vors. im Institut der Wirtschaftsprüfer. Leipzig 1937. Verlag G. A. Gloeckner. 437 S. und Schreibkalender. Preis Leinen 3,50 RM, Leder 4,50 RM.

Das Jahrbuch der Wirtschaftstreuhänder folgt auch im Jahre 1937 seiner bisherigen Aufgabe, eine übersichtliche Zusammenfassung der Fälle der gesetzlichen Vorschriften im Prüfungs- und Treuhandwesen zu bringen. Auch diesmal ist das eigentliche Prüfungswesen in Anbetracht seiner großen Bedeutung für die Berufsangehörigen besonders ausführlich behandelt worden. Aber auch die organisatorischen und berufsrechtlichen Fragen haben eine eingehende Würdigung gefunden. In seiner Grundanlage ist das Jahrbuch, das sich in den vorangegangenen Auflagen bewährt hat, unverändert geblieben. Neu aufgenommen worden sind die „Leipziger Thesen", die als Grundzüge der erforderlichen Berufsordnung von Dr. Mönckmeier auf dem Deutschen Juristentag 1936 herausgestellt worden sind. In einem Vorwort weist Mönckmeier darauf hin, daß das neue Jahr diese Thesen als Inbegriff berufsständischer und -rechtlicher Ordnungsgrundsätze zur gesetzlichen Verwirklichung bringen müsse. Insoweit habe das W. T.-Jahrbuch auch eine politische Mission zu erfüllen.

D. S.

Dr. Paul Fischer: Die Aktiengesellschaft in der nationalsozialistischen Wirtschaft. Ein Beitrag zur Reform des Gesellschaftsrechts. (Schriften der Akademie für Deutsches Recht, herausgegeben von RMin. Dr. Hans Frank, Präs. der Akademie für Deutsches Recht.) München und Leipzig 1936. Verlag Duncker u. Humblot. 162 S. Preis brosch. 6,80 RM.

Der besondere Vorzug dieses Buches liegt darin, daß es unter Ablehnung einer vielfach feststellbaren fachwissenschaftlich-juristischen Verzettelung in Einzelfragen das Problem der Aktienrechtsreform unter dem Gesichtspunkte der nationalsozialistischen Wirtschaftsordnung betrachtet und so eine Gesamtschau der Hauptprobleme der Reform der Aktiengesellschaften als Wirtschaftsorganismus vermittelt. Eng an die bisher ergangenen Berichte des Aktienrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht angelehnt, ist die Schrift ein klares Bekenntnis für die Erneuerung des Aktienwesens unter nationalsozialistischer Wirtschaftsauffassung. Mag es sich um die mannigfachen Vorschläge über die Verpersönlichung des Aktienrechts, um die Bekämpfung der Anonymität der Leitung und den Mißbrauch der Kapitalmacht, um die Herausstellung des Führerprinzips durch den Vorstand unter beschränkter Entthronung der Generalversammlung und der Abschaffung des allgemeinen Mitverwaltungsrechts des Aufsichtsrats handeln, es ist all diesen Reformvorschlägen mit ihren einzelnen in diesem Buch gezeigten Abläufen das eine höhere volksgemeinschaftliche Ziel gemeinsam: Herausbildung der Leistungsgemeinschaft unter verständnisvollem Zusammenwirken aller unter einer einheitlichen Führung mit dem Ziel höchster Wirtschaftlichkeit und Leistung sowohl im Interesse des Gesamtnutzens wie der Beteiligten. Der Verf. zeigt, daß die Reform des Aktienwesens nicht eine Kampfansage gegen die Aktiengesellschaften als solche bedeutet, sondern vielmehr auf eine Korrektur eines überkommenen Zustandes unter dem Gesichtspunkte des Führerprinzips, die Herabsetzung der Anonymität, die Hebung der Verantwortlichkeit in der privaten Wirtschaftsführung und auf die mängelfreie Verwirklichung volkswirtschaftlicher Forderungen unter der Sicherung gewisser staatlicher Vetorechte hinzielt.

Es erscheint aber sehr fraglich, ob die Unabhängigkeit, Verantwortlichkeit und Autorität der mit der Durchführung von Pflichtprüfungen bei Aktiengesellschaften betrauten Wirtschaftsprüfer besser als bisher mit Hilfe staatlicher Ausbildung und Anstellung der Wirtschaftsprüfer gesichert wird. Diese Forderung des Verf. (S. 112) würde die Gefahr der Verbeamtung eines gesetzlich anerkannten freien Berufes mit sich bringen, der ja gerade dazu geschaffen wurde, das Vertrauen in den Revisionsbericht restlos zu verwirklichen. Die Notwendigkeit einer Änderung in der bisherigen Berufsausübung würde immerhin voraussetzen, daß die Träger der obligatorischen Pflichtprüfung die ihnen im Dienste der Wirtschaft gestellten Aufgaben bislang nicht hinreichend erfüllt hätten. Ein solcher Beweis läßt sich aber nicht führen. Im übrigen bieten die öffentliche Bestellung und die Vereidigung des Wirtschaftsprüfers, die nur nach erfolgter Ablegung einer besonderen Fachprüfung möglich sind, sowie die berufsständische Ehrengerichtsbarkeit hinreichend Sicherheiten, um unzuverlässige Personen aus diesem Berufe fernzuhalten und die Unobjektivität in der Berufsausübung auszuschalten. Zusätzlich ist das Ausbildungswesen der

wirtschaftstreuhänderischen Berufe vom Institut der Wirtschaftsprüfer gemeinsam mit der Reichsgruppe Wirtschaftsrechtler des NSRB. bereits tatkräftig in Angriff genommen worden. Ebenso würde der Vorschlag einer planmäßigen Verteilung der Pflichtprüfungsaufträge nur eine Schematisierung zur Folge haben, das in dem Beruf notwendige Vertrauensverhältnis zwischen Prüfer und dem geprüften Unternehmen durchweg aufheben, die Branchenkenntnis vielfach auf ein falsches Geleise leiten und der persönlichen Initiative unangebrachte Hemmungen auferlegen. Hieraus ergibt sich auch, daß die Bezahlung der Wirtschaftsprüfer aus einer von allen Aktiengesellschaften zu erhebenden Umlage den Gedanken der einzelpersönlichen Leistung, der in der jetzt in diesem Beruf geltenden Gebührenordnung verankert liegt, nicht zu verwirklichen vermag. Von diesen Einwänden, die die Reform des Aktienwesens primär nicht betreffen, abgesehen, verdient die Schrift, die in ihrer volkswirtschaftlichen Zielsetzung als Gesamtdarstellung eine empfindliche Lücke in der bisher ergangenen Flut von Reformschriften schließt, und die gleichsam eine tiefere Begründung für das im Zuge der nationalsozialistischen Rechtserneuerung am 30. Jan. d. J. vom Reichskabinett verabschiedete Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien bringt, uneingeschränkte Anerkennung und Empfehlung.

Dr. rer. pol. Theodor Becker, Berlin.

Dr. Johannes Splettstößer, Syndikus der Industrie- und Handelskammer Berlin: Der Einzelhandel. Berlin 1936. Carl Heymanns Verlag. 176 S. Preis brosch. 4 *RM*.

Nicht nur der Wirtschaftsjurist, sondern auch alle die Kreise, die sich mit der Gestaltung des Lebensraumes im wirtschaftlichen Deutschland zu befassen haben, werden die Darstellung des „Einzelhandels“ dankbar begrüßen.

Der Verf. verbindet in glücklicher Weise eine wissenschaftlich wertvolle Erörterung mit dem treffsicheren Gefühl für den praktischen Alltag. Das Buch bringt in neuartiger Form eine abschließende Kennzeichnung eines ganzen Wirtschaftsstandes. Es geht von der historischen Entwicklung aus, kennzeichnet den Zusammenhang zwischen Wirtschaftsform und Wirtschaftsgesinnung und leitet über zu dem Einzelhandel und seinen Erscheinungsformen in der nationalsozialistischen Wirtschaft. Es berücksichtigt bei der Darstellung der geltenden Sach- und Rechtslage die einschlägigen Sondergesetze und bringt zum besseren Verständnis jeweils am zutreffenden Ort der Erörterung den vollen Gesetzeswortlaut. So sind die Einzelhandelsschutzgesetzgebung in ihrer auch für den Praktiker nicht mehr ganz übersichtlichen Änderung und Umänderung, die Änderung des GenG. und das AutomatenG. im Wortlaut abgedruckt.

Der geschichtliche Teil bietet neben einer Erläuterung des Einzelhandelsbegriffes eine klare Rechtfertigung des Einzelhandels überhaupt. Gegenüber den von vielen Seiten geäußerten Vorwürfen, daß die Funktion des Handels mit dem Austeilen erschöpft sei und daß der Handelsgewinn im wesentlichen ein betrügerischer Gewinn sei, bringt der Verf. in klarer Gliederung dem Leser zum Bewußtsein, wie unentbehrlich der Einzelhandel in seiner Funktion als Risikoträger, als Lagerhalter, als Verteiler ist und letzten Endes am meisten als Lenker des Verbrauchs außerordentlich wesentliche Aufgaben produktiver Art zu erfüllen hat. Gerade das Moment der Verbrauchslenkung macht es den Erzeugern überhaupt möglich, billige Ware für den Massenabsatz herzustellen. Ohne den Einzelhandel, der erzieherisch auf die Konsumenten einwirkt, würde eine planlose Produktion erfolgen und letzten Endes eine Substanzverschleuderung und Substanzvergeudung durch fehlgeleiteten Verbrauch die Folge sein.

In knapper und doch ausreichender Form wird gegenübergestellt, wie sich der Einzelhändler alten Schlages von dem kapitalorientierten Einzelhändlerunternehmer unterscheidet und wie als notwendige Folge der kapitalistischen Epoche der traditionsgebundene Einzelhändler zurücktritt. Beide Seiten lassen sich kennzeichnen durch den Händler, der es für unanständig hält, seine Kunden aufzusuchen und auf der anderen Seite durch den Unternehmer, der um jeden Preis versucht, fremde Kundenkreise an sich zu ziehen.

Eine gute Schilderung der stufenweisen Entwicklung der Einzelhandelserscheinungen in Großunternehmerform, der Ausschaltungsbestrebungen durch Konsumgenossenschaften und durch die Produktion, ferner die Abwehr des traditionsgebundenen Einzelhandels gegen diese Erscheinungen schließt sich an. Interessant ist hier, daß bei der Behandlung der Rabattsparvereine auf Seite 35 und der Rabattbeschränkung der Konsumvereine in bezug auf die Rückvergütung (S. 143) die Untersuchung zu dem Ergebnis kommt, daß gerade der Rabatt die stärkste Waffe des Einzelhandels im Kampf gegen die Übermacht des Kapitals oder die genossenschaftlichen Tendenzen ist. Diese systematische Untersuchung zeigt deutlich, wie abwegig zum großen Teil der Kampf für ein vollständiges Rabattverbot des Einzelhandels sein muß.

Die erschöpfende Schilderung des Einzelhandelsbildes in der nationalsozialistischen Wirtschaft setzt sich unter kritischer Würdigung aller maßgebenden Faktoren sehr gut mit dem Einzelhandel in alter Form und den Einheitspreisgeschäften, den Warenhäusern, Kaufhäusern, Versandgeschäften, Kredit- und Filialunternehmen und dem ambulanten Handel auseinander. Interessant ist die Abgrenzung der Begriffsbestimmung „Warenhaus“ und „Kaufhaus“, die auf neuem Wege zum erstenmal zu vier wesentlichen Voraussetzungen des Warenhauses führt. Der Verf. weist überzeugend nach, daß die gesetzliche Definition, die den einzigen Unterschied in dem Vorhandensein der Lebensmittelabteilung sieht, nicht ausreichend sein kann.

Er kommt letzten Endes zu dem Ergebnis: zum Begriff des Kaufhauses gehört, daß der überwiegende Teil des Geschäftsumsatzes aus Textilien und Bekleidung, und im übrigen aus sog. „Nebenartikeln“ sich zusammensetzen muß. An dieser Stelle sei besonders das reichhaltige Zahlenmaterial erwähnt, daß Gelegenheit zu einer schnellen Orientierung über den Wert und die Bedeutung einzelner Unternehmensarten im Einzelhandel gibt. Als Gesamtergebnis kann man jedoch feststellen, daß der Einzelhandel in der Form des persönlichkeitsgebundenen Klein- und Mittelbetriebes bei weitem das Primat vor allen anderen Unternehmungsarten hat und zu behalten scheint.

Die Problematik der Kreditgewährung im Einzelhandel wird eingehend abgehandelt. Vielleicht wäre es in diesem Teil der Arbeit empfehlenswert gewesen, einen genau formulierten Vorschlag für die Ausgestaltung des Kreditwesens zu bringen. Das kommende Problem des Einzelhandels wird m. E. weniger in der Form der Unternehmen als in der vernünftigen Abgrenzung der kreditgewährenden Unternehmen oder Unternehmungsformen zum Bareinzelhandel liegen.

Im dritten Teil, aus dem die wörtliche Zitierung der Gesetze bereits erwähnt worden ist, finden wir eine Erörterung der den Einzelhandel unmittelbar berührenden nationalsozialistischen Gesetzgebung. In klarer Sprache wird hier der Sinn der Gesetzgebung und ihre Auswirkung für die Praxis dargestellt. Wenn auch die Ausführungen über die Auswirkung der gesetzlichen Regelung als fortlaufende Schilderung gegeben sind, so bieten sie doch im wesentlichen eine ausgezeichnete Kommentierung. Bei der Notwendigkeit für den Rechtswahrer, in steigendem Maße die Ratsuchenden über Fragen der Geschäftseröffnung oder -verlegung zu unterrichten, wird man es dankbar begrüßen, in interessanter Form die grundsätzlichen Probleme aufgezeigt zu erhalten. Bei der kurzen Zeitspanne, in der die Gesetze erst Geltung haben, bietet die Darstellung des Verf. eine der ersten Erläuterungen des nationalsozialistischen Mittelstandsschutzes. Die hierbei angeknüpfte Erörterung über die Großunternehmen wie Einheitspreisgeschäfte, Warenhäuser, Filialunternehmen und Versandgeschäfte hält sich ebenso wie die Darstellung der Konsumvereine an die gegebenen Tatsachen und vermeidet eine tendenziöse Behandlung. Das wird man dankbar begrüßen, wenn man sich vor Augen hält, daß im Gegensatz zu der von der Führung verfolgten Tendenz des allmählichen und reibungslosen Ausgleichs der einzelhändlerischen Wirtschaftsformen so häufig die Erörterung über Kleinbetrieb oder Großunternehmen in eine leidenschaftliche Auseinandersetzung ausartet.

Die Maschine als Warenverteiler, wie sie der Warenautomat in den Einzelhandel gebracht hat, ist ebenfalls eine um-

strittene Neuerung. Der Verf. versteht es, unter Zitierung reichhaltiger Beispiele überzeugend darzustellen, aus welchen Gründen der Warenautomat eine zusätzliche Verdienstquelle des Einzelhandels und nicht ihr Feind ist. Man erkennt deutlich, daß die nationalsozialistische gesetzliche Regelung in dem WarenautomatenG. dafür Sorge getragen hat, daß jeder Mißbrauch zum Schaden der Allgemeinheit bei der Verwendung von Warenautomaten soweit wie möglich eingedämmt ist.

Zwei interessante Kapitel des Buches sollen hier noch besonders gewürdigt werden: Zunächst die Frage Markenartikel und Einzelhandel.

Der Verf. kennzeichnet die Gründe, die zur Entstehung des Markenartikels geführt haben. Er geht nicht an den Gefahren vorbei, die ein egoistisches Ausdehnungsbestreben der Markenartikel haben müsse. Hier bietet das Problem des festen Marktpreises den Anhaltspunkt und andererseits die Gefahrenquelle.

Man wird dem Verf. jedoch zustimmen können, wenn er die Zukunft des Markenartikels dann für das Gemeinwohl nützlich anspricht, wenn es gelingt, zwischen der bestmöglichen Versorgung der Bevölkerung und dem Bestreben nach einem hohen Marktpreise das Gleichgewicht zu verschaffen.

Interessant wird hier für manche Warenzeichenrechtler die auch im Wettbewerbsrecht neuerdings wieder einmal erörterte Frage der Hersteller- und Handelsmarken sein. Von einigen Schwankungen abgesehen, hat sich Rechtslehre und Rechtsprechung bisher eindeutig auf den Standpunkt gestellt, daß der Hersteller zur Kennzeichnung der Herkunft der Ware aus seinem Produktionsbetrieb sich einer bestimmten Marke bedienen kann. In gleicher Weise kann es auch dem Händler, der eine Gewähr für die gleichbleibende Güte der Ware zu übernehmen bereit ist, nicht verwehrt sein, dies durch eine besondere Marke kenntlich zu machen.

Wenn wir mit dem Verf. jetzt feststellen, daß zum nicht geringen Teil Handelsmarke und Herstellermarke der Ausdruck des Selbstbehauptungswillens einer bestimmten Wirtschaftsstufe sind, so werden wir um so eher erkennen, daß beide Marken ihre Daseinsberechtigung haben.

Die zweite Frage ist die der Sachkundeprüfungen im Einzelhandel. Es geht hier um die Zukunft des deutschen kaufmännischen Nachwuchses. Das Einzelhandelsschutzgesetz sieht einen Befähigungsnachweis über die für den Betrieb der Verkaufsstellen erforderliche Sachkunde vor. Diese Sachkunde setzt sich zusammen aus der Warenkunde und den allgemeinen kaufmännischen Kenntnissen wie Buchführung, Kostenberechnung und Wettbewerb.

Während ein Zeitalter des möglichst mühelosen Verdienens es jedem einzelnen überließ, welche Mittel an Intelligenz und Lerneifer er aufwenden wollte, wenn er Einzelhändler zu werden beabsichtigte, erfordert das heute überall zur Geltung gekommene Leistungsprinzip eine Auslese unabhängig von Zeugnissen nach der zutage tretenden und zutage getretenen Sachkunde. Der Verf. schildert eingehend Wert und Verfahren dieser Prüfung und wird damit manche Zweifel beheben, die in diesem Zusammenhang aufgetaucht sind.

Wenn der Verf. zum Abschluß seiner Untersuchungen noch einmal es herausstellt, daß der Einzelhandel der Lebensbereich des ehrbaren Kaufmannes wieder geworden ist, und daß die Zeitspanne der Geschäftemacher vorbei ist, dann wird jeder, der seinen Ausführungen gefolgt ist, die Bestätigung dieser Feststellung gefunden haben.

Die Abhandlung kann daher im Interesse der Zukunft des Einzelhandels nur begrüßt werden.

RA. Dr. Günter Hecht, Berlin.

Dr. Hoffmann-Burges und Hans Ranke, Rechtsanwälte in Berlin: Das gesamte Devisenrecht. Handkommentar für Wirtschaft und Praxis. Berlin 1936. Verlag Reimar Hobbing. 461 S. Preis geb. 14,50 RM.

Der wesentlichste Vorzug des Buches besteht darin, daß die gesamten Vorschriften in das Devisengesetz hineingearbeitet sind, so daß man also bei den einzelnen Paragraphen des Devisengesetzes zugleich die zugehörigen Richtlinien, Runderlasse und sonstigen Bestimmungen besprochen findet. Außerdem sind die Richtlinien nochmals als Text abgedruckt. Es wäre vielleicht ein weiterer Vorteil, wenn im Text der Richtlinien eine kurze Verweisung auf diejenige Kommentarstelle zu finden wäre, wo die betr. Stelle der Richtlinien behandelt ist. Den Verf. ist es auch gelungen, irgendwelchen Wettbewerb mit dem Standardwerk von Hartenstein zu vermeiden, indem sie sich tatsächlich darauf beschränken, zu allen Fragen der Praxis eine erschöpfende und deutliche Stellungnahme zu bringen und Zweifelsfragen höherer Art beiseite lassen. Mag die Stellungnahme des Kommentars zu einzelnen Fragen auch einmal zu weitherzig oder ein anderes Mal zu eng erscheinen, ist sie doch in jedem Fall immer klar und deutlich. So dient der Kommentar in besonders angenehmer Weise dem Kaufmann und auch dem Anwalt, bei dem „das Ergebnis seiner gesamten wirtschaftlichen Tätigkeit in weitem Umfang von der mehr oder weniger wohlwollenden Betrachtung etwaiger Fehler auf diesem Gebiet durch die Verwaltung abhängig" ist.

Etwas zu weitherzig scheint mir die Stellungnahme Seite 57 zu der Frage der Ansprüche, die einem Inländer im Ausland anläßlich seiner Tätigkeit dort entstehen. Es würde den Absichten der Devisengesetze doch wohl widersprechen, wenn Lohn- und Honoraransprüche weder anbietungspflichtig wären noch eine Verwendungsgenehmigung erforderlich wäre. Von derartigen Ansprüchen zu trennen sind aber alle Ansprüche auf Kosten- und Spesenersatz, Taschengeld u. dgl. in weitestem Umfange. Denn es wird keinen Unterschied machen dürfen, ob der Inländer vom Ausländer in ein ausländisches Hotel zum Frühstück usw. eingeladen wird oder ob der Ausländer dem Inländer im Ausland einen Devisenbetrag übergibt, aus dem der Inländer diese Kosten zahlen und dessen Rest er dem Ausländer wieder abgeben soll.

Zu § 14 wäre umgekehrt ein Hinweis erwünscht gewesen, daß Genehmigung für eine Kreditgewährung an einen Ausländer nicht notwendig ist, wenn sich der Kredit als üblich darstellt. Das gilt besonders auch für alle anwaltlichen Geschäfte (zu eng daher Etscheit: JW. 1936, 2838). Bei der Anlage von Sperrmark (S. 114) wäre eine Warnung vor Nebenabreden und ein Hinweis auf die etwas ungewöhnliche Auslegung dieses Wortes durch die Reichsbank angebracht. Über die Reisemark sind die Ausführungen Seite 77 und 112 etwas dürftig gegenüber der großen Bedeutung und den zahlreichen daraus entstehenden praktischen Zweifelsfragen. Hier hätte festgestellt werden können, daß die sofortige Zuziehung eines Anwalts in gewissen Fällen (Verkehrsunfälle, Beleidigungen u. a. m.) wahrscheinlich doch wohl als ein auf jeder Reise möglicher Zwischenfall behandelt und daher dem Anwalt wenigstens gestattet werden muß, Reisemark zur Sicherung seines Honorars einstweilen als Depot anzunehmen (zu eng auch hier wieder Etscheit).

Die vorliegenden Einzelheiten sind mehr als Anregungen für die hoffentlich bald zu erwartende neue Auflage denn als eine Kritik gedacht. Der Kommentar ist unglücklicherweise wenige Monate vor der Neufassung der Richtlinien erschienen. Man kann sich aber damit helfen, daß man die Runderlasse 183 und 184/36 beifügt, welche die Änderungen der Richtlinien erläutern.

RA. Dr. Eugen Langen, Berlin.

Dr. Oskar Klug: Konzerne in der neuen Wirtschaft. Erweiterte Neuauflage. Berlin 1936. Buchholz & Weißwange Verlagsbuchhandlung. 66 S. Preis 1,80 RM.

Das Buch trägt den Untertitel „Sind sie berechtigt oder nicht?" und sieht es also offenbar als seine Hauptaufgabe an, die Frage der volkswirtschaftlichen Existenzberechtigung der Konzerne zu untersuchen. Dementsprechend geht der Verf. von den volkswirtschaftlichen Gegebenheiten aus und kommt nach der Untersuchung dieser Gegebenheiten, sowie des Konzernbegriffs und der Möglichkeit von Konzernen in der heutigen Wirtschaftsordnung zu dem tatsächlich einzig möglichen Ergebnis, daß Konzerne an sich weder gut noch schlecht, weder absolut abzulehnen noch als Idealbilder nationalsozialistischer Wirtschaftsformen hinzustellen sind, sondern daß sie möglich sind und daß sie u. U. auch gerechtfertigt sind. Das ist richtig. Denn die neue Wirtschaftsgestaltung lehnt überhaupt keine Erscheinungsform der Wirtschaft schlechtweg

und aus dogmatischen Gründen ab, sondern hält jeweils „die Gebildeform privat- und volkswirtschaftlich für richtig, die den jeweiligen wirtschaftlichen und soziologischen Voraussetzungen" (S. 58), richtiger gesagt noch den Belangen des Volksganzen und der Erhaltung, Sicherung und Förderung des gesamten Volkes entspricht.

Diese Beantwortung der im Titel gestellten Unterfrage ergibt sich bereits aus den Worten des Führers: „Es gibt keine Wirtschaftsauffassung oder Wirtschaftsansicht die irgendwie Anspruch auf eine Heiligkeit erheben könnte... Wirtschaftsbetätigung ist kein Dogma und wird nie ein solches sein."

Hinsichtlich dieses Endresultates ist also dem Verfasser bedenkenfrei beizustimmen. Nur fragt es sich, ob angesichts dessen, daß die Ablehnung von „Wirtschaftsdogmen" immerhin schon ziemlich lange als richtig erkannt worden ist, eine eingehende Untersuchung dieser Frage nach der Berechtigung der Konzerne notwendig war. Immerhin läßt sich eine solche Schrift schließlich daraus rechtfertigen, daß in manchen Kreisen heute noch falsche Vorstellungen über das Konzernwesen im nationalsozialistischen Staate vorhanden gewesen sind.

Wichtiger wäre es freilich gewesen, entsprechend dem Haupttitel die Stellung der Konzerne in der neuen Wirtschaft selbst, die fraglos an vielen Stellen praktisch noch vorhandenen Diskrepanzen zwischen nationalsozialistischem Wollen und tatsächlicher Lage, zwischen „ichbestimmter" und „volksbestimmter", d. h. dienender Konzernpolitik, zwischen formalem Recht und tatsächlichen Erscheinungen z. B. im Hinblick auf Anonymität, Haftung zwischen Mutter- und Tochtergesellschaften, Einsatzbereitschaft für die Volksgemeinschaft und Rentabilitätsrechnen usw. aufzuzeigen. Denn hier liegen gerade die Probleme, die für die tatsächliche Stellung der Konzerne in der neuen Wirtschaft wesentlich sind. Und zwar wesentlich im Hinblick auf ganz bestimmte sehr konkrete Aufgaben. Leider enthält das Buch über diese Punkte äußerst wenig. Gerade sie hätten jedoch vom Standpunkte des Rechtswahrers und auch des praktischen Wirtschaftlers eine eingehende Behandlung sehr notwendig gehabt. Nur an manchen Stellen werden — namentlich im Zusammenhang mit dem Akademiebericht über das Aktienrecht — diese Probleme gestreift, so z. B. das Problem der Konzernbilanzen. Sehr eingehend sind aber auch diese sich mehr am Rande bewegenden Ausführungen des Verf. nicht.

Der Verf. bezeichnet die Konzerne als Unternehmenszusammenfassungen, die „Risiko- und Ertragsgemeinschaften" bilden. Das ist richtig und stimmt mit der Begriffsbestimmung des Aktienrechtsausschusses inhaltlich im wesentlichen überein. Der Verf. versäumt es aber, die sich hieraus ergebenden einzelnen Folgerungen zu ziehen; er stellt stattdessen — durchaus richtig — fest, daß die neue Wirtschaftsordnung vom Menschen, wie er ist, ausgeht, behandelt alsdann die Stellung des deutschen Sozialismus zu den Konzernen in dem bereits erwähnten Sinne und verneint auf Grund dessen die „absolute" Stellungnahme.

Die folgenden Ausführungen sind im wesentlichen Variierungen dieses Grundgedankens, ergänzt durch die Fragen, die sich ein Unternehmer bei Konzerngründungen vorlegen müsse. Auf die Stellung der Konzerne selbst wird nicht eingegangen. Es folgt ein Kapitel über die Viag — als Beispiel äußerst interessant —, aber wieder gebracht lediglich zum Beweise des erwähnten Grundsatzes, nicht zur Klärung der heute vorhandenen praktischen Konzernprobleme. Im Schlußabsatz wird endlich das Verhältnis Konzerne—Berufsgruppen untersucht. Hier sind die Ausführungen — ebenso wie die folgenden über Kartelle und Berufsgruppen — deshalb etwas überholt, weil der grundlegende Erlaß des RWiM. v. 12. Nov. 1936 nach dem Erscheinen des Buches ergangen ist und daher noch nicht berücksichtigt werden konnte, auch wenn die grundsätzlichen Ausführungen sich im wesentlichen auf der Linie bewegen, die der Erlaß eingeschlagen hat.

Zusammenfassend sei gesagt: Das Buch bejaht die gestellte Unterfrage mit Recht, läßt aber eine eingehende und notwendige Untersuchung des gesamten Konzernproblems, soweit es sich eben aus dem Vorhandensein der Konzerne ergibt, vermissen.

RA. Dr. Hans Peter Danielcik, Berlin.

Mittermüller, Dr. Hermann, DiplKfm. und Dipl.-Handelslehrer: Die Bewertung für die Gewinnermittlung nach Handelsrecht und Steuerrecht. (Unternehmung und Steuer. Heft 7.) Carl Heymanns Verlag. Berlin 1936. 203 S. Preis brosch. 6 *RM.*

In der Schriftenreihe zur betrieblichen Steuerlehre Unternehmung und Steuer Heft 7 untersucht der Verf. die Ziele der handelsrechtlichen Bilanzierungsvorschriften, die Zielsetzung der steuerlichen Bilanzierungsvorschriften, die Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung, das Problem der stillen Reserven, die Bewertung des Umlaufvermögens und die Bewertung der Passiva. Ziel der Arbeit war die Untersuchung der Bewertungsgrundsätze für die ordentlichen Jahresbilanzen nach den handelsrechtlichen und steuerrechtlichen Vorschriften.

Der Verf. vertritt in seinem Vorwort die Auffassung, daß das Handelsrecht dem Schutze der öffentlichen Interessen diene, während die steuerrechtlichen Vorschriften die Ermittlung des vollen Periodenerfolges als der Grundlage der Besteuerung nach dem Einkommen- und Körperschaftsteuergesetz erstrebe. Diese Gegenüberstellung der öffentlichen Interessen mit dem Willen zur Ermittlung des richtigen Periodenerfolges erscheint insofern nicht vollständig zutreffend, als auch die steuerrechtliche Ermittlung durchaus öffentlichen Interessen dient. Der Unterschied zwischen der handelsrechtlichen und steuerlichen Erfolgsermittlung liegt m. E. darin, daß das Steuerrecht im Interesse des Grundsatzes der Gleichmäßigkeit der Besteuerung dem subjektiven Bewertungsspielraum möglichst enge Grenzen zieht, während das Handelsrecht im wesentlichen sich mit dem Verbote der Überschreitung gewisser Bewertungshöchstgrenzen begnügt.

Für den Rechtswahrer ist von größerem Interesse die Übersicht über die Entwicklung der Rspr. zu den handelsrechtlichen Bilanzierungsvorschriften (S. 3 ff.). Der Verf. stellt hier fest, daß die Entwicklung hinsichtlich der stillen Reserven dahin gehe, die bewußte Auflösung der stillen Reserven auf die Umsatzkonten und die unbenutzbaren Anlagen zu beschränken. Dies gilt für Handelsrecht. Im Steuerrecht vertritt der Verf. die Meinung (S. 44), daß der Steuerpflichtige nur in Verlustjahren zur Auflösung der stillen Reserven schreite, weil er dann den Gewinn in Höhe der Differenz zwischen den beiden Teilwerten mit dem Verlust verrechnen könne. Der Verf. glaubt, daß die Neuregelung des § 6 Abs. 1 Ziff. 2 Satz 3 EinkStG. einen teilweisen Ausgleich für die steuerliche Nichtanerkennung des Verlustvortrages darstelle. Meines Ermessens kann das hier verankerte sog. Teilwertprinzip niemals auch nur annähernd die Bedeutung erlangen, die die frühere Möglichkeit des Verlustvortrages ergab. Wenn für die Steuerbehörde infolge der vorbezeichneten Bewertungsermächtigung endgültige Nachteile durch den Übergang auf den Teilwert eintreten, so muß sie dies ebenso in Kauf nehmen, wie umgekehrt in anderen Fällen den Steuerpflichtigen steuerliche Nachteile treffen. Mit Recht weist der Verf. auch schon im nächsten Absatz darauf hin, daß die handelsrechtlichen „Grenzpfähle" der steuerlichen Bewertungsfreiheit erhebliche Grenzen ziehen.

Richtig ist die Auffassung, daß die willkürliche Sofortabschreibung bei kurzlebigen Wirtschaftsgütern für den Unternehmer eine Steuerstundung darstellt und darüber hinaus auch die Möglichkeit der Steuerverschiebung zwischen mehreren Wirtschaftsperioden und u. U. auch darüber hinaus noch infolge der Progression der Einkommensteuer auch eine Steuerersparnis ermöglicht. Die betriebliche Steuerpolitik kann also im Rahmen der Bewertung und Abschreibung u. U. erhebliche Erfolge erzielen.

Die Schrift Mittermüllers zeichnet sich durch ihre Sorgfalt aus. In starkem Umfange hat der Verf. sowohl die steuerliche Rechtsprechung als auch das einschlägige Schrifttum benutzt. Die Arbeit gibt ausreichende Aufklärung über viele in der Praxis auftauchende handelsrechtliche und steuerliche Bewertungsfragen. In einem Literaturverzeichnis bringt der Verf. die Zusammenstellung des wesentlichsten einschlägigen Schrifttums.

RA. Dr. Dr. Megow, Küstrin.

Rechtsprechung

Nachdruck der Entscheidungen nur auszugsweise und mit genauer Quellenangabe gestattet

Reichsgericht: Zivilsachen

[** Abdruck in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts. — † Anmerkung.]

** **1.** § 319 BGB.; §§ 1025 ff. ZPO. **Die in einem Dauerverhältnis stehenden Vertragsparteien können eine Stelle einsetzen, die statt des staatlichen Gerichts die Leistung bestimmen soll, ohne daß diese vorher von einem Dritten nach billigem Ermessen festgesetzt worden wäre. Eine derartige Stelle ist, wenn der Wille der Parteien dahin geht, ein Schiedsgericht. Die Parteien können in einem derartigen Falle in dem Schiedsvertrag auch bestimmen, daß das Schiedsgericht nicht unter eine Mindestleistung heruntergehen dürfe.** †)

Die Parteien hatten in einem Pachtvertrage vorgesehen, daß nach Ablauf des fünften Pachtjahres jeder Teil eine Abänderung der Pachtsumme verlangen könne. Dazu heißt es in dem Vertrage:

„Einigen sich die Parteien über die Abänderung der Pachtsumme nicht freiwillig, so entscheidet hierüber ein Schiedsgericht, zu dem jede Partei einen Schiedsrichter ernennt. Kommen diese zu keinem Ergebnis, so wählen sie einen Obmann, und wenn sie sich über einen solchen nicht einigen, so ist derselbe von dem LGPräs. Fürth zu bestimmen.

Das Schiedsgericht darf jedoch bei einem Antrag der Pächterin in keinem Fall auf eine Pachtsumme erkennen, durch welche eine angemessene Verzinsung des Grundstücks zusammen mit einer angemessenen Verzinsung und Tilgung der aufgewendeten Baukosten nicht erreicht wird usw."

In Gemäßheit dieser Abrede wurde ein Verfahren durchgeführt. Der Schiedsspruch wurde den Parteien nach § 1039 ZPO. zugestellt und beim LG. in N. niedergelegt. Die Antragstellerin hat beantragt, ihn für vollstreckbar zu erklären. Die Antragsgegnerin meint demgegenüber, der Vertrag enthielte keine Einsetzung eines Schiedsgerichts, im übrigen sei er, wenn es sich wirklich um einen Schiedsvertrag handele, nichtig, da er Beschränkungen der Schiedsrichter enthielte, die diesen nicht auferlegt werden könnten.

Dem Antrag auf Vollstreckbarerklärung ist von den Vorinst. stattgegeben; die Rev. ist erfolglos geblieben.

Die Bestimmung der Leistung in einem Schuldverhältnis kann einem oder mehreren Dritten überlassen werden, die dann die Leistung im Zweifel nach billigem Ermessen festzusetzen haben (§ 317 BGB.). Die getroffene Bestimmung ist aber unverbindlich, wenn sie offenbar unbillig ist (§ 319 Abs. 1 Satz 1 BGB.). In diesem Falle erfolgt die Bestimmung durch Urteil (§ 319 Abs. 1 Satz 2 erster Halbsatz). Der oder die Dritten, welche die Leistung festsetzen sollen, gestalten danach kraft der ihnen von den Parteien übertragenen Befugnis das Rechtsverhältnis, und ebenso wirkt das im Falle der offenbaren Unbilligkeit der Festsetzung des oder der Dritten auf Klage einer Partei ergehende Urteil rechtsgestaltend. Die Tätigkeit des oder der Dritten kann keine schiedsrichterliche sein, diese vervollständigen nur das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältnis, sie setzen subjektives Recht, sie entscheiden aber keinen Rechtsstreit. Wird jedoch in einem Vertrage eine Stelle bestimmt, die an Stelle des ordentlichen Gerichts im Falle offenbarer Unbilligkeit einer Festsetzung durch Dritte, also rechtsgestaltend, die Leistung festsetzen soll, so ist dieser Stelle eine richterliche Tätigkeit übertragen, es kann sich dann also nur um ein Schiedsgericht handeln. Daß in dem bezeichneten Falle überhaupt ein Schiedsgericht an die Stelle des ordentlichen Gerichts gesetzt werden darf, unterliegt keinem Zweifel; die Parteien können sich über die Höhe der Leistung vergleichen, also können sie für die Bestimmung der Höhe auch ein Schiedsgericht einsetzen (§ 1025 Abs. 1 ZPO.). Wie es nun zulässig ist, in einem Vertrage die Bestimmung der Leistung einem oder mehreren Dritten nach billigem Ermessen zu überlassen und in demselben Vertrag zugleich ein Schiedsgericht einzusetzen, das an Stelle des ordentlichen Gerichts im Falle der Unverbindlichkeit der Festsetzung des oder der Dritten rechtsgestaltend die Leistung bestimmt (RGUrt. v. 21. Mai 1935, VII 3/35), so bestehen auch keine Bedenken dagegen, daß in einem Vertrage bestimmt wird, die Festsetzung der Leistung durch einen oder mehrere Dritte mit der Möglichkeit der Unverbindlichkeit wegen offenbarer Unbilligkeit solle übergangen werden und es solle gleich an Stelle des ordentlichen Gerichts ein Schiedsgericht rechtsgestaltend die Leistung bestimmen. Was die Vertragschließenden im einzelnen Falle gewollt haben, hat der Tatrichter durch Auslegung zu ermitteln.

Das OLG. hat nun den Vertrag der Parteien dahin ausgelegt, daß die daselbst eingesetzte Stelle nicht eine schiedsgutachtliche, sondern eine schiedsrichterliche Tätigkeit ausüben sollte; daß die Mitglieder der Stelle also nicht als Dritte die Leistung nach billigem Ermessen bestimmen sollten mit der Möglichkeit, daß jede Partei die Festsetzung vor dem ordentlichen Richter angreifen könne, weil sie offenbar unbillig und daher unverbindlich sei, sondern daß eine derartige Bestimmung überhaupt nicht stattfinden, vielmehr sofort eine die Stelle eines ordentlichen Gerichts einnehmende Instanz durch urteilsgleichen Schiedsspruch die Leistung bestimmen solle. Diese Auslegung ist nicht nur nicht unmöglich, sondern sie entspricht allein dem Willen der Parteien, wie er sich aus dem Vertrag ergibt. Es ist keineswegs rechtsirrig, sondern durchaus sachgemäß, wenn das OLG. bei der Auslegung Wert darauf legt, wie die Parteien selbst nach Abschluß des Vertrages die Rechtslage angesehen haben. Sie haben aber ausdrücklich Schiedsrichter bestellt und die entscheidende Stelle als ein Schiedsgericht behandelt. Es ist ferner zulässig, daß der Vorderrichter auch der Auffassung der drei bei der Festsetzung mitwirkenden Personen eine gewisse Bedeutung beigemessen hat. Wenn er endlich den Wortlaut des Vertrages maßgebend berücksichtigt hat, so ist auch dagegen nicht nur nichts einzuwenden, sondern es ist nach Lage der Dinge zu billigen. Zwar wäre es unrichtig, wenn sich der Berufungsrichter an den buchstäblichen Sinn des Ausdrucks gehalten hätte (§ 133 BGB.). Er hat aber ausgeführt, die Vertragschließenden seien die Vertreter größerer Unternehmungen, und in diesen Kreisen wisse man Schiedsrichter und Schiedsgutachter wohl zu unterscheiden. In dem Vertrage ist nur von Schiedsrichtern und dem Schiedsgericht die Rede. Die eingesetzte Stelle soll über die Höhe der Summe „entscheiden" oder — wie es in Abs. 3 heißt — auf eine solche „erkennen", und was besonders bedeutungsvoll ist: der Obmann soll, wenn ein solcher nötig wird und sich die Schiedsrichter nicht über dessen Person einigen können, von dem LGPräs. ernannt werden. Es sollte also bei dieser Ernennung des Obmanns eine richterliche Stelle und nicht eine kaufmännische in Tätigkeit treten.

Die Rev. wendet sich sonach zu Unrecht dagegen, daß das OLG. das Schiedsgericht, das im Vertrage eingesetzt ist, als ein wirkliches Schiedsgericht angesehen hat, das unter Übergehung einer Festsetzung durch Dritte sogleich einen urteilsgleichen Schiedsspruch fällen sollte.

Auch die Bestimmung des Vertrages, daß das Schiedsgericht in keinem Falle auf eine Pachtsumme erkennen dürfe, durch welche eine angemessene Verzinsung des Grundstücks und der Baukosten sowie eine Tilgung der Baukosten nicht erreicht werde, macht die Vertragsabrede nicht hinfällig. Hiermit war der Rahmen abgesteckt, innerhalb dessen das Schiedsgericht über-

haupt nur tätig werden sollte. Wie die Parteien bestimmen können, ob die Schiedsrichter ihrem Spruch strenges Recht oder Billigkeit zugrunde legen sollen, so können sie auch dem Ermessen der Schiedsrichter Schranken auferlegen. Eine solche Beschränkung wäre nur dann nichtig, wenn ihr Inhalt gegen zwingende Normen des Rechts, gegen die guten Sitten oder gegen die öffentliche Ordnung verstieße. Davon ist hier keine Rede.

(RG., VII. ZivSen., U. v. 22. Dez. 1936; VII 178/36.)

Anmerkung: Darüber, daß die Parteien eines Dauervertragsverhältnisses — in Betracht kommen in erster Linie Pacht- und Lieferungsverträge — ihr Verhältnis für die Zukunft in der Weise regeln können, daß sie eine Stelle einsetzen, die für die Zeit von einem bestimmten künftigen Zeitpunkt ab oder auch für den Fall einer unvorhergesehenen Entwicklung die den Parteien obliegenden Leistungen, insbes. die Entgelte für die zu bewirkenden Lieferungen, anderweit bindend festsetzen soll, dürften Meinungsverschiedenheiten kaum bestehen. Ebenso ist kein Grund ersichtlich, der dem entgegenstünde, daß der zur Entsch. berufenen Stelle für die Ausübung ihres Ermessens bei der Neufestsetzung der Leistungen bindende Grenzen gezogen werden. Insoweit ist der Entsch. unbedenklich beizutreten.

Zweifelhaft ist aber die rechtliche Natur einer derartigen Abrede. In der JW. 1937, 219[3] abgedruckten und von mir besprochenen Entsch. hatte sie der 2. ZivSen. nicht als Schiedsvertrag, sondern als Schiedsgutachtenvertrag aufgefaßt. Vorliegend nimmt dagegen der 7. ZivSen. einen dem 10. Buche der ZPO. unterstehenden wirklichen Schiedsvertrag an. Die Frage ist insofern recht bedeutsam, als sich nach den verschiedensten Richtungen weittragende Unterschiede ergeben — hinsichtlich der Form der Abrede, hinsichtlich der Ablehnung der „Schiedsrichter“, der Form des Spruches und seines Existentwerdens, schließlich hinsichtlich der Anfechtung und der Erwirkung eines Vollstreckungstitels — um nur die wichtigsten Punkte zu nennen.

Die beiden angeführten Entsch. lassen sich miteinander nicht wohl in Einklang bringen. Die Abreden waren in beiden Fällen fast völlig gleichgefaßt. Der Umstand, daß in dem einen Falle die Abrede für einen bestimmten Zeitpunkt, in dem anderen für den Fall des Untragbarwerdens einer Verpflichtung infolge Verschiebung des Preisniveaus getroffen war, kann zu einer verschiedenen Beurteilung hinsichtlich der rechtlichen Natur des Vertrages sicherlich keinen Anlaß geben. Der 2. Sen. legt auf die Ausdrücke „Schiedsgericht“, „Ausschluß des Rechtsweges“ kein Gewicht; der 7. Sen. entnimmt dagegen aus den in der Abrede gebrauchten gleichen Wendungen gerade die die Entsch. letzten Endes tragenden Argumente i. S. der Schiedsvertragskonstruktion. Dem „Willen der Parteien“ möchte ich offengestanden keine sonderliche Bedeutung beimessen, denn es ist kaum anzunehmen, daß sie sich überhaupt über die Frage Gedanken gemacht haben, geschweige denn sich der oben aufgeführten juristischen Unterschiede der beiden Konstruktionen übereinstimmend im gleichen Sinne bewußt gewesen wären. Der Satz, daß man in Großunternehmerkreisen zwischen Schiedsrichtern und Schiedsgutachtern wohl zu unterscheiden wisse, besagt schwerlich etwas, wenn ein anderer Senat des RG. den gleichen Vertrag gerade im entgegengesetzten Sinne auffaßt.

In der Anm. JW. 1937, 221 war ich dem 2. Sen. darin beigetreten, daß der in Rede stehende Vertragstypus nicht als Schiedsvertrag i. S. des 10. Buches der ZPO. anzusehen sei. Andererseits hatte ich mich auch gegen die Konstruktion als Schiedsgutachtenvertrag ausgesprochen.

Es stehen drei durchaus verschiedene Vertragstypen nebeneinander:

a) Der wirkliche Schiedsvertrag mit dem Ziele, die an sich dem staatlichen Streitrichter zufallende Aufgabe der Streitentscheidung — d. h. die Subsumtion eines bestimmten Tatsachenkomplexes unter Rechtsnormen und die Feststellung der sich dabei ergebenden konkreten Rechtsfolgen — durch einen Dritten erledigen zu lassen.

b) Der zwar prozeßvorbeugende, aber begrifflich doch ebenfalls dem Gebiete der streitigen Gerichtsbarkeit zuzurechnende Schiedsgutachtenvertrag mit dem Ziele einer bindenden Feststellung gewisser Tatbestandselemente, mögen diese mehr auf tatsächlichem oder mehr auf rechtlichem Gebiet liegen, ein Vertrag, der darauf abzielt, durch bindenden Sachverständigenspruch möglichen Streitstoff von vornherein auszuräumen und einen künftigen Rechtsstreit zu vermeiden.

Dazu kommt dann als der dritte Vertragstypus

c) die Abrede, die auf eine rechtsgestaltende Festlegung des Vertragsinhalts für die Zukunft durch einen Dritten abzielt — also, wie schon in meiner zitierten Anm. gesagt, Ersatz einer Vereinbarung, nicht Subsumtion unter Rechtsnormen, sondern Anpassung der für das Pflichtenverhältnis der Parteien künftig maßgebenden Norm an die veränderten tatsächlichen Umstände; das ist sachlich genau das Gegenstück streitrichterlicher Funktion. —

Ich reihe den hier zur Erörterung stehenden Vertragstypus der Gruppe c ein. Die Unterschiede zwischen c und b habe ich in der erwähnten Anm. JW. 1937, 221 erörtert. Hier handelt es sich jetzt um diejenigen zwischen c und a.

Folgt man der Auffassung der oben abgedruckten Entsch. und nimmt man einen wirklichen Schiedsvertrag an, so würden sich u. a. folgende Konsequenzen ergeben:

1. Es müßte, sofern sich nicht, wie im vorl. Falle, zwei Vollkaufleute gegenüberstehen, die qualifizierte Schriftform der besonderen Urkunde, § 1027 Abs. 1 ZPO., Platz greifen. Dabei zeigt sich, daß hier materielle und prozessuale Abrede — das, was die Parteien bei der vertraglichen Regelung ihrer materiellen Rechtsbeziehungen für die Zukunft offen lassen, und das, was sie dem Schiedsgericht als Aufgabe zuweisen — so eng ineinander eingreift, daß eine Trennung eigentlich kaum möglich ist. Besonders zu beachten wäre auch, daß der Abschluß einer derartigen Abrede seitens einer fiskalischen Stelle — eine fiskalische Gutsverwaltung nimmt z. B. in einen Vertrag über laufende Lieferung irgendwelcher Produkte eine solche Klausel in den Vertrag auf — dem Ges. v. 10. Okt. 1933 (RGBl. I, 722) unterstände (Erfordernis der Zustimmung des RFM. bzw. der obersten Landesfinanzbehörde).

2. Besonders wichtig ist die Ablehnungsfrage, die ich bereits in der erwähnten Anm. näher behandelt habe. Man würde, wie dort bemerkt, der hier von den „Schiedsrichtern“ verlangten Tätigkeit schwerlich gerecht, wenn man sie in die Objektivität des Richters oder des unparteiischen Sachverständigen zwängen wollte. In unserem Falle sind die von den Parteien bestellten „Schiedsrichter“ nicht Richter, sondern sachkundige Interessenwalter: soll der einzelne sich der ihm von seiner Partei übertragenen Aufgabe sachgemäß unterziehen, so kann er gar nicht die Arbeit mit der Objektivität eines Richters erledigen. Seine Aufgabe besteht gerade darin, durch gemeinsame Erörterung mit dem anderen Interessenwalter für die von beiden wahrgenommenen einander entgegenstehenden Interessen eine Mittellinie zu finden.

3. Daß vom Standpunkte der Schiedsvertragskonstruktion Zustellung und Niederlegung des Spruches nach § 1039 ZPO. wesentliche Dinge sind, sei nur hervorgehoben, ohne daß ich hier Schlußfolgerungen daraus ziehen will. Problematischer erscheint mir schon das zwingende Erfordernis der Begründung des Spruches. Wenn die mit der Preisfestsetzung betraute Stelle ihren Ausspruch nach billigem Ermessen tun soll, so kann sie doch als Begründung kaum mehr sagen, als daß die gewählte Zahl eben nach ihrer Auffassung der Billigkeit entspreche. Das heißt: das, was sachlich kaum mehr als eine „Redensart“ ist und sein kann, wird zum wesentlichen Erfordernis gemacht.

4. Besonders scharf scheiden sich die Wege hinsichtlich der Anfechtung und der Titelerwirkung. In formell-prozessualer Beziehung ist es — unter Zweckmäßigkeits- und Einfachheitsgesichtspunkten betrachtet — allerdings belanglos, ob die Partei die Klage auf Erfüllung der festgesetzten Leistung oder den Weg des Antrags nach §§ 1042 ff. ZPO. zu wählen hat, denn, wenn der Gegner Einwendungen erhebt, kommt es

so oder so zu einem Verfahren mit mündlicher Verhandlung und Urteil, und, wenn keine Einwendungen vorgebracht werden, ist das Versäumnisurteil ein ebenso einfaches Ding wie der Vollstreckungsbeschluß nach § 1042.

Das Wesentliche ist der Umfang der richterlichen Nachprüfung:

Ein Schiedsspruch unterliegt der Aufhebung nur bei Vorliegen einer der Voraussetzungen des § 1041. Hier steht nun zunächst außer Zweifel, daß ein Schiedsspruch nicht deshalb aufgehoben werden kann, weil die Entsch. „offensichtlich unbillig" ist. Die objektive Unrichtigkeit der schiedsrichterlichen Entsch. ist nach deutschem Recht kein Aufhebungsgrund, und dazu, daß die Anerkennung nach § 1041 Nr. 2 wegen Verstoßes gegen die guten Sitten zu versagen wäre, müssen noch ganz andere Momente hinzukommen. Weiter ergibt sich die Frage, wie bei einer Überschreitung der den Schiedsrichtern für ihre Preisfestsetzung gezogenen Grenzen der Mangel des Spruches geltend gemacht werden könnte. Daß der Spruch „auf einem unzulässigen Verfahren beruhe (§ 1041 Nr. 1) wird man füglich nicht behaupten können, denn der Mangel liegt ausschließlich in der Urteilsfindung. Und wollte man hier doch einen Aufhebungsfall annehmen, so bliebe vollends problematisch, wie dann die ganze Angelegenheit enden sollte, denn der mit der Aufhebungsklage bzw. dem Antrag auf Vollstreckbarkeit befaßte staatliche Richter kann eben nur den Schiedsspruch aufheben, nicht aber die sich durch die Aufhebung ergebende Lücke durch einen materiellen Ausspruch seinerseits wieder schließen. Gerade diese Komplikationen zeigen m. E. besonders deutlich, daß man mit der Schiedsgerichtskonstruktion nicht das Richtige trifft.

Ich meine: wenn einer Stelle die Aufgabe übertragen wird, rechtsgestaltend eine Leistung festzusetzen — wohlgemerkt davon scharf den Fall unterschieden, daß sich die Parteien auf einen üblichen oder angemessenen Preis geeinigt haben und eine feststellende Entsch. über Üblichkeit oder Angemessenheit getroffen werden soll —, so ist das kein Schiedsvertrag und der Spruch kein Schiedsspruch i. S. des 10. Buches der ZPO., sondern ein materiellrechtlicher Vertrag und ein Spruch, für den die wenigen positiven Regeln in den §§ 317 ff. BGB. enthalten sind. Wie die Parteien die Stelle im einzelnen aufziehen und benennen, kann nicht das Entscheidende sein.

Vom Standpunkt dieser Auffassung lösen sich die zuletzt behandelten Fragen einfach: Nicht Antrag auf Vollstreckbarerklärung, sondern Leistungsklage, gegen die der Einwand der Unbilligkeit des Spruches ebenso wie der einer Überschreitung der der Stelle gezogenen Mindest- oder Höchstgrenzen zweifellos zulässig ist. Und greift der Einwand durch, so ist das staatliche Gericht dasjenige, das die dadurch entstandene Lücke durch seinen Spruch ausfüllt.

Nun ergibt sich schließlich noch die letzte Frage: kann diese in § 319 Abs. 1 Satz 2 BGB. vorgesehene, dem staatlichen Gericht zugewiesene rechtsgestaltende Entsch. diesem genommen und einem Schiedsgericht — d. h. einem wirklichen Schiedsgericht nach § 1025 ZPO. — zugewiesen werden; und bejahendenfalls: kann dann nicht doch — wie es der 7. ZivSen. in der vorl. Entsch. annimmt — die Funktion dieses Schiedsgerichts mit derjenigen der Spruchstelle derart verkoppelt werden, daß die eine Stelle sofort endgültig unter Ausschluß jeder Möglichkeit der Nachprüfung entscheidet. Ich möchte die Haupt- und damit auch die Nebenfrage verneinen. M. E. muß man, jedenfalls vom Standpunkt unserer jetzigen Rechtsauffassung aus, die Zuweisung der Entsch. an das staatliche Gericht in § 319 Abs. 1 Satz 2 BGB. als zwingendes Recht auffassen. Daß wir die Frage, wie weit die Parteien in der Loslösung von der staatlichen Gerichtsbarkeit gehen können, jetzt unter einem anderen Gesichtswinkel als ehedem ansehen müssen, ist in der grundlegenden RGEntsch.: JW. 1937, 399[9] zutreffend dargelegt; die dort entwickelten Gedanken haben m. E. auch hier zu gelten: wenn die Rechtsordnung den Parteien gestattet, sich dem rechtsgestaltenden Billigkeitsspruch eines Dritten zu unterstellen, so geschicht dies eben mit der Beschränkung, daß sich der Staat doch eine gewisse Nachprüfung vorbehält — ebenso wie die Rechtsordnung den Parteien für streitentscheidende Sprüche zwar den Weg des Schiedsgerichts öffnet, aber auch nicht schrankenlos, sondern nur unter den unabdingbaren Kautelen der §§ 1041 ff. ZPO. Allerdings sieht § 319 Abs. 2 BGB. auch die (wohl kaum praktisch werdende) Möglichkeit vor, daß sich die Parteien dem freien Belieben eines Dritten unterwerfen. Das wollen hier die Parteien zweifellos gerade nicht — es wäre aber in der Tat die Unterwerfung unter einen Willkürspruch, wenn der Spruch jeglicher Möglichkeit der Nachprüfung durch den staatlichen Richter entzogen wäre! —

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich zum mindesten eines: Der hier in Rede stehende Vertragstypus wirft eine ganze Reihe von Einzelfragen auf, die noch näherer Klärung bedürfen und die mit der generellen Unterstellung unter die Begriffe Schiedsvertrag oder Schiedsgutachtenvertrag nicht befriedigend gelöst werden können. Hoffentlich bietet sich dem RG. jedenfalls bald Gelegenheit, die Unsicherheit, die sich zur Zeit aus dem Nebeneinanderstehen der beiden Entsch. ergibt, zu beheben.

MinR. Dr. Jonas, Berlin.

*

** **2.** § 12 Abs. 2 VVG. v. 30. Mai 1908; § 19 AllgVersBed. Rechtliche Natur gesetzlicher und vertraglicher Ausschlußfristen. Zur Frage, ob eine Teilklage zur Fristwahrung für den ganzen Versicherungsanspruch genügt. Eine dem Sinn und Zweck des § 12 VVG. gerecht werdende Auslegung des Versicherungsvertrages führt dazu, daß eine Teilklage die Klagefrist nur für den damit geltend gemachten Teilanspruch wahrt. Dieses Ergebnis bedarf jedoch der Einschränkung, soweit Treu und Glauben es fordern. Treu und Glauben erfordern es aber, daß der Versicherer den Versicherten, der eine Teilklage erhob, aber in dieser gleichzeitig darauf hinwies, daß mit weiteren (schon bezifferten) Ansprüchen zu rechnen sei, auf die nur beschränkte Wirkung seiner Teilklage aufmerksam machte. †)

Der Kl. wurde im Januar 1933 von einem unbekannt gebliebenen Täter angeschossen. Die Kugel drang in die rechte Brustseite ein, beeinträchtigte auch die Gebrauchsfähigkeit des rechten Armes. Der Kl. war bei der A.-VersicherungsAktG. gegen Unfall versichert. Er wandte sich nach dem Unfall alsbald an die Versicherungsgesellschaft mit dem Ersuchen, ihm das vereinbarte Tagegeld zu zahlen. Diese zahlte zunächst, stellte aber weitere Zahlungen ein, da der Kl. eine von ihr verlangte ärztliche Behandlung ablehnte. Die Versicherungsgesellschaft erklärte deshalb durch Schreiben vom 11. Nov. 1933, sie sei gemäß § 10 AllgVersBed. von ihrer Verpflichtung zur Leistung frei geworden. Am Schluß dieses Schreibens machte sie den Kl. unter Berufung auf § 19 AllgVersBed. darauf aufmerksam, daß gegen ihre Entsch. innerhalb von sechs Monaten Klage einzureichen sei, andernfalls seine Ansprüche, auch auf dem Klagewege, nicht mehr verfolgt werden könnten.

Um seine Ansprüche gegen die Versicherungsgesellschaft gerichtlich geltend zu machen, wandte sich der Kl. an den jetzt verklagten RA. Dieser erhob am 29. Jan. 1934 beim LG. K. für den Kl. gegen die A. Klage auf Zahlung von Tagegeldern in Höhe von 1100 RM nebst Zinsen. Am Schluß der Klageschrift hieß es, das aufgelaufene Tagegeld betrage bis heute weit über 5000 RM, worauf nur 800 RM gezahlt seien; mit der vorl. Klage werde daher ein weiterer Teilbetrag gefordert. Der Kl. beauftragte dann am 5. April 1934 den Bekl., die Klagesumme auf 2500 RM zu erhöhen. Der Bekl. reichte auch am 11. April einen Schriftsatz mit entsprechend erhöhtem Antrag beim LG. ein. In der mündlichen Verhandlung wurde jedoch nicht dieser, sondern der ursprüngliche, nur auf 1100 RM lautende Klageantrag verlesen.

Das LG. wies die Klage ab, weil der Kl. seiner Ver-

pflichtung, sich ärztlich behandeln zu lassen, nicht nachgekommen sei. In der BerInst., in der das Klagebegehren nunmehr auf 2500 *RM* erhöht wurde, verurteilte das OLG. zunächst durch Teilurteil die Versicherungsgesellschaft, an den Kl. die ursprünglich eingeklagte Summe von 1100 *RM* nebst Zinsen zu zahlen. Dagegen wies es durch Schlußurteil den weiteren Anspruch auf 1400 *RM* nebst Zinsen ab, weil die Ausschlußfrist von § 19 AllgVersBed., § 12 Abs. 2 VVG. v. 30. Mai 1908 (RGBl. 263) nicht innegehalten sei.

Der Kl. stellt sich nunmehr gleichfalls auf den Standpunkt, daß er durch den Ablauf der bezeichneten Frist gehindert sei, Ansprüche aus dem Versicherungsvertrage gegen die Versicherungsgesellschaft geltend zu machen. Er wirft dem Bekl. vor, daß dieser den Fristablauf und den damit verbundenen Rechtsverlust verschuldet habe, und macht ihn deshalb in dem gegenwärtigen Rechtsstreit für den dadurch entstandenen Schaden verantwortlich.

Das LG. hat die Klage abgewiesen, das OLG. die Berufung zurückgewiesen. Das RG. hob auf.

Bereits das LG. hat sich auf den Standpunkt gestellt, daß durch die Einklagung des Teilbetrags von 1100 *RM* die Ausschlußfrist nach ständiger Rspr. für den ganzen einheitlichen Versicherungsanspruch des Kl. gewahrt worden sei. Das BG. ist dieser Rechtsauffassung beigetreten. Das LG. hat aber nur eine Entsch. des RG. genannt, die in RGZ. 102, 380 (382) = JW. 1921, 1322 abgedruckte. Diese befaßt sich indessen nicht mit der in Versicherungsverträgen vorkommenden, in § 12 Abs. 2 VVG. gewissen Beschränkungen unterworfenen Ausschlußfrist, sondern mit der des § 5 PrTumultschadenG. v. 11. März 1850 (GS. 199). Auch die in den Schriftsätzen der Parteien angeführten reichsgerichtlichen Urteile entstammen nicht dem hier in Frage kommenden Versicherungsrecht, sondern behandeln gesetzliche Ausschlußfristen aus verschiedenen Sondergesetzen. So betreffen die Urteile in RGZ. 12, 299; 93, 312 = JW. 1918, 818; RGZ. 97, 181; 119, 362 = JW. 1928, 507 [40] die Ausschlußfrist des § 30 PrEnteignungsG. v. 11. Juni 1874 (GS. 221), RGZ. 122, 320 = JW. 1929, 1129 die schon erwähnte Ausschlußfrist des § 5 PrTumultschadenG., RGZ. 129, 293 = JW. 1930, 3390 [1] die Ausschlußfrist des § 5 RGes. betr. die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen vom 20. Mai 1898 (RGBl. 345). Für diese Ausschlußfristen hat das RG. allerdings anerkannt, daß die Klage auch nach Fristablauf auf weitere Ansprüche erstreckt werden könne, während es jedoch eine neue Klage nach Fristablauf nur in solchen Fällen zugelassen hat, in denen durch die Geldentwertung eine besondere Neugestaltung der Dinge eingetreten war (vgl. die schon genannten Entsch. RGZ. 119, 362 = JW. 1928, 507 [40] und RGZ. 122, 320 = JW. 1929, 1129). Ähnlich hat übrigens der erk. Sen. auch für die Ausschlußfristen des Beamtenrechts (§ 150 RBG.; § 2 PrGes. betr. die Erweiterung des Rechtsweges v. 24. Mai 1861 [GS. 241]) ausgesprochen, daß der Beamte im Laufe des Rechtsstreits ohne Rücksicht auf die Ausschlußfrist neue Ansprüche erheben kann, die sich lediglich als tatsächliche und rechtliche Erweiterungen des ursprünglich erhobenen einheitlichen Klageanspruchs darstellen (RGZ. 92, 114 = JW. 1918, 440; Urt. v. 15. Dez. 1922, III 509/22).

Die in all diesen Entsch. behandelten Ausschlußfristen sind besonders geartet. Sie werden in Lauf gesetzt durch einen behördlichen Bescheid, der ein vorangegangenes, den Klageanspruch betreffendes Verwaltungsverfahren abschließt. Hier wird regelmäßig der Wille des Betroffenen, sich gegen diesen Bescheid in seiner Ganzheit zur Wehr zu setzen, schon durch eine Teilklage hinreichend zum Ausdruck gebracht. Das durch die Klage eingeleitete gerichtliche Verfahren kann in gewissem Sinne als Fortsetzung des Verwaltungsverfahrens und daher als dessen Gegenstand im ganzen umfassend angesehen werden. So ist es gerechtfertigt, in diesen Fällen der Ausschlußfrist nicht die Wirkung beizumessen, daß ihr Ablauf eine nach § 268 Nr. 2 ZPO. verfahrensrechtlich zulässige Klagerweiterung verbiete. Alle diese Erwägungen treffen bei den vertraglichen Fristen des Versicherungsrechts nicht zu, wie keiner weiteren Darlegung bedarf. Die Tragweite der verschiedenen Ausschlußfristen ist überhaupt keineswegs immer die gleiche (so schon RGZ. 102, 341 = JW. 1921, 1320), und ganz besonders sind gesetzliche und vertragliche Ausschlußfristen verschiedener Natur (vgl. RGZ. 142, 285 = JW. 1934, 351 [7] m. Anm.). So ist die anscheinend von den Vorinst. für richtig gehaltene einfache Übertragung der Grundsätze, die in den bisher genannten Urteilen des RG. für gewisse gesetzliche Ausschlußfristen entwickelt worden sind, auf die hier in Frage kommende vertragliche Ausschlußfrist des § 12 Abs. 2 VVG. nicht angängig. Ihre Bedeutung, ihr Verhältnis zur Teilklage muß besonders untersucht werden.

Die in Versicherungsverträgen allgemein, hier in § 19 AllgVersBed. enthaltene Bestimmung, daß Versicherungsansprüche innerhalb einer bestimmten Frist nach Ablehnung des Anspruchs durch den Versicherer gerichtlich geltend gemacht werden müssen, findet, wie in der Begründung zu § 12 zum Entwurf eines VVG. (RTDrucks., 11. Legisl.-Per. 2. Session 1905/1906 Nr. 22 S. 75) ausgesprochen worden ist, ihre Rechtfertigung darin, daß durch jede Verzögerung in der Erledigung zweifelhafter Ansprüche die zuverlässige Feststellung der maßgebenden Tatsachen erschwert und zugleich die Übersicht über den wahren Stand des Vermögens des Versicherers beeinträchtigt wird. Es mag zugegeben werden, daß der hier zuerst genannte Gesichtspunkt nicht in allen Fällen einer Teilklage Platz greift. Die erforderliche Klärung des Sachverhalts kann unter Umständen schon durch eine bloße Teilklage herbeigeführt werden, nämlich dann, wenn dem Gesamtanspruch in seiner vollen Höhe ein einheitlicher Tatbestand zugrunde liegt. Dagegen hat die Teilklage diesen Erfolg dann nicht, wenn aus einem Versicherungsvertrage verschiedenartige Ansprüche erwachsen können oder wenn die Höhe des einen Versicherungsanspruchs von einer möglicherweise verschieden verlaufenden Tatsachengestaltung abhängt. Beides trifft im vorl. Falle zu. Der Tagegeldanspruch und der Invaliditätsanspruch knüpfen an verschiedene Voraussetzungen an (vorübergehende — dauernde Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit; vgl. §§ 1, 6 AllgVersBed.). Auch ist der Tagegelderanspruch abhängig von der Entwicklung der durch den Unfall herbeigeführten Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit des Kl. während des ersten Jahres nach dem Unfall. So war von der vom Kl. erhobenen Teilklage, die nur Tagegelder für die erste Zeit nach dem Unfall betraf, keineswegs eine völlige Klärung sämtlicher Ansprüche des Kl. gegen die Versicherungsgesellschaft zu erwarten. Noch weniger genügte sie dem zweiten mit der Ausschlußfrist verfolgten Zweck. Die Teilklage gab, wenigstens nach ihrem Antrage, nur in beschränktem Umfange Auskunft darüber, wie weit die Versicherungsgesellschaft auf Ansprüche des Kl. gefaßt sein mußte, und setzte sie daher nicht mit Sicherheit in den Stand, die gebotenen geldlichen Maßnahmen vollständig zu treffen.

Die gesetzlichen Vorschriften, die das LG. für seine gegenteilige Meinung anführt, sind nicht von entscheidender Bedeutung. Allerdings läßt § 268 Nr. 2 ZPO. eine Klagerweiterung zu. Das ist aber nur ein verfahrensrechtlicher Grundsatz. Er muß zurücktreten, wenn das für die Beurteilung des Streitfalles maßgebende sachliche Recht Ansprüche nur insoweit anerkennt, als sie binnen einer bestimmten Frist gerichtlich geltend gemacht werden. Völlig neben der Sache liegt die Anführung von § 570 I 9 PrALR. Der dort ausgesprochene Grundsatz: „Wer einen Teil seines Rechts ausübt, der erhält dadurch das ganze Recht" gilt nicht für den reichsrechtlich geregelten Versicherungsvertrag. In der vom LG. angezogenen Entsch. RGZ. 102, 382 = JW. 1921, 1322 wird er bloß zur Auslegung des alten PrTumultschadenG. verwendet.

Eine dem Sinn und Zweck der einschlägigen Vorschrift gerecht werdende Auslegung des Versicherungsvertrags führt also dazu, daß eine Teilklage die Klagefrist nur für den damit geltend gemachten Teilanspruch wahrt. Dies Ergebnis bedarf jedoch der Einschränkung, soweit Treu und Glauben es fordern. Den Grundsätzen von Treu und Glauben ist das Versicherungsverhältnis anerkanntermaßen ganz besonders unterworfen. Gerade der Versicherer muß deshalb bei seinem Verhalten auf die Belange des Versicherungsnehmers Rücksicht nehmen und es danach einrichten (vgl. RGZ. 148, 298 [301] = JW. 1935, 3289 [2] m. Anm.). Daraus kann sich unter Umständen er-

geben, daß er in einem Rechtsstreit den Gegner darauf hinweisen muß, dessen Teilklage genüge nicht zur Fristwahrung für den über den eingeklagten Teil hinausgehenden Anspruch. Tut er das nicht, so kann das den klagenden Versicherungsnehmer zu der Annahme verleiten, die verklagte Versicherungsgesellschaft sehe die Klagefrist für den ganzen Versicherungsanspruch als gewahrt an. Solchenfalls würde sie gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn sie sich später auf einen entgegenstehenden inneren Willen beriefe. Sie träfe dann der Vorwurf unerlaubter Rechtsausübung (sogenannter Gegeneinwand der Arglist). — Daß der erk. Sen. in RGZ. 146, 38 = JW. 1935, 1150[5] m. Anm. gegenüber dem Ablauf der Ausschlußfrist des § 150 RVG. eine Berufung auf Treu und Glauben nicht zugelassen hat, steht dem, was vorstehend ausgeführt, nicht entgegen. Denn die Frist des § 150 RVG., deren Ablauf den Rechtsweg ausschließt, ist verfahrensrechtlicher Natur. Daraus hat der erk. Sen. die Folgerung gezogen, daß bei ihr der sachlich-rechtliche Grundsatz von Treu und Glauben keine Anwendung finden kann. Die in § 12 Abs. 2 VVG. näher geregelte vertragliche Frist berührt dagegen die Zulässigkeit des Rechtswegs nicht. Ihr Ablauf bringt den Versicherungsanspruch selbst zum Erlöschen. Sie ist also sachlich-rechtlicher Art und unterliegt deshalb der Beurteilung unter den Gesichtspunkt von Treu und Glauben.

Die dargelegte Rechtsansicht entspricht der des 7. ZivSen. des RG., zu dessen Geschäftsbereich die Rechtsstreitigkeiten über Versicherungsverhältnisse gehören. Er hat erst kürzlich in seinem Urt. v. 22. Sept. 1936, VII 82/36 hierzu Stellung genommen. Die Entsch. beantwortet zwar nicht ausdrücklich die Frage, ob eine Teilklage zur Fristwahrung für den ganzen Versicherungsanspruch genüge. Der 7. ZivSen. hat sie aber ersichtlich verneint, da sonst die seine Entsch. tragenden Erwägungen nicht erforderlich gewesen wären. Diese gehen dahin, daß die Versicherungsgesellschaft, die zunächst nur auf einen Teilbetrag der bei Unfalltod doppelt zu zahlenden Lebensversicherungssumme verklagt worden war, bei Beachtung der Grundsätze von Treu und Glauben rechtzeitig vor Ablauf der Ausschlußfrist die damalige Kl. darauf hätte hinweisen müssen, daß sie nicht gewillt sei, auf die Wirkung der Fristsetzung für den nichteingeklagten Teil des Anspruchs zu verzichten. Da sie das unterlassen habe, könne sie sich nachträglich nicht mehr auf den Fristablauf berufen, auch nicht in dem später von der Berechtigten wegen der Restsumme angestrengten zweiten Rechtsstreit.

Aus dem bisher Gesagten ergibt sich, daß den Vorinst. — zwar nicht in den Gründen, wohl aber im Ergebnis — insofern beizupflichten ist, als die im Vorprozeß vom OLG. in Höhe von 1400 RM ausgesprochene Abweisung der Klage gegen die Versicherungsgesellschaft nicht gebilligt werden kann. Zwar war die Teilklage an sich nur geeignet, die Ausschlußfrist in Höhe von 1100 RM zu wahren. Die Klageschrift enthielt aber den bedeutsamen Satz, daß diese 1100 RM nur ein Teilbetrag der schon auf weit über 5000 RM aufgelaufenen Tagegelder seien. Damit wurde die damals verklagte Versicherungsgesellschaft darauf hingewiesen, daß sie mit einem Anspruch des Kl. von mindestens 5000 RM zu rechnen habe. Sie konnte sich also in ihren geschäftlichen Maßnahmen auf diese Forderung einstellen. Anderseits war sie in der Lage, durch eine Feststellungswiderklage in dem damaligen Rechtsstreit eine Entsch. über den ganzen ihr drohenden Anspruch von 5000 RM herbeizuführen. Bei dieser Sachlage durfte sie nicht stillschweigend den Ablauf der Frist abwarten, die sie dem Kl. gesetzt hatte, und dann durch Berufung darauf seine über 1100 RM hinausgehende Forderung zu Fall bringen. Treu und Glauben erforderten es, daß sie ihn auf die nur beschränkte Wirkung seiner Teilklage hinwiese. Zeit genug hatte sie dazu; denn die Teilklage ist schon Ende Januar 1934 erhoben worden, während die Frist erst Mitte Mai ablief. So enthielt die Berufung der Versicherungsgesellschaft auf die Fristbestimmung gegenüber der allerdings erst nach Fristablauf vorgenommenen Klagerweiterung eine unzulässige Rechtsausübung, die das BG. bei Beachtung der im Versicherungsrecht besonders bedeutsamen Grundsätze von Treu und Glauben hätte zurückweisen müssen.

Unerörtert kann bleiben, wie zu entscheiden wäre, wenn der Kl. mehr als den in der Klageschrift des Vorprozesses angegebenen Höchstbetrag an Tagegeldern (5 000 RM) geltend machen wollte. Der Hinweis in der Klageschrift auf weitere Ansprüche bezog sich lediglich auf die ziffernmäßig wenigstens ungefähr abgegrenzten Tagegelder. So brauchte die Versicherungsgesellschaft allerdings nur mit einem Tagegelderanspruch des Kl., nicht auch mit einer Verpflichtung, ihm Invaliditätsschaden zu ersetzen, zu rechnen. Sie hatte daher keine Veranlassung, den Kl. darauf hinzuweisen, daß er einen etwaigen Invaliditätsschaden innerhalb der Frist einklagen müsse. Soweit läßt sich, wenn man die beiderseitigen Belange nach Treu und Glauben abwägt, die Aufklärungspflicht des Versicherers gegenüber dem Versicherungsnehmer nicht erstrecken. Auch dieser ist zu sorgfältiger Wahrnehmung seiner Vertragsrechte verpflichtet und kann nicht jede eigene Säumnis in ihren Folgen auf den Versicherer abwälzen. Der aus dem Versicherungsvertrag herzuleitende Anspruch des Kl. auf Ersatz von Invaliditätsschaden ist demnach durch Fristablauf erloschen.

Die Abweisung der Klage im Vorprozeß in Höhe von 1400 RM war also ungerechtfertigt. Die damalige Bekl. konnte nach Treu und Glauben einer Erweiterung der Klage auf Zahlung von Tagegeldern bis zum Betrage von 5000 RM nicht mehr wirksam widersprechen, nachdem sie sich einmal ohne Widerspruch auf die Teilklage eingelassen hatte. Das OLG. hat also in jenem Rechtsstreit zu Unrecht angenommen, daß der Kl. seinen Anspruch in Höhe von 1400 RM durch Fristversäumnis verloren habe. Sie hätte insoweit seine Klage nicht abweisen, sondern sofern sie sonst begründet war, ihr stattgeben müssen.

Gleichwohl beruht der Rechtsverlust der den Kl. durch die rechtskräftige Klageabweisung in Höhe von 1400 RM getroffen hat, nicht bloß auf dem unrichtigen Urteil des OLG., sondern weiter auch darauf, daß der Bekl. durch eigenes Versehen die dem Kl. von seiner Versicherung gesetzte Frist nicht innegehalten hat. Die Unterlassung des Bekl. ist aus dem Ursachenverlauf nicht hinwegzudenken. Daß der Fristablauf zu einer unrichtigen Entsch. führen konnte, lag keineswegs außerhalb dessen, was erfahrungsgemäß zu erwarten war. Die Rechtslage war, wenn die Frist eingehalten wurde, insoweit klar und zweifelsfrei; sie wurde erst unsicher mit Fristablauf. Erst damit tauchte die Frage auf, ob die Teilklage zur Fristwahrung genüge. In welchem Sinne sie zu beantworten war, stand, worauf bei Erörterung der Verschuldensfrage noch näher einzugehen sein wird, keineswegs von vornherein eindeutig fest. Die Entsch. des OLG. konnte in dem einen wie in dem anderen Sinne ausfallen. Keine der beiden möglichen Entsch. konnte als ausgeschlossen angesehen werden. So lief das Urteil des OLG., das die Einhaltung der Frist verneinte, durchaus nicht dem zuwider, was als möglich vorauszusehen war. Es lag im Bereich der Folgen der Fristversäumnis, mit denen zu rechnen war. Fristversäumnis und Klageabweisung stehen somit zueinander im entsprechenden (adäquaten) Ursachenzusammenhang. (Wird ausgeführt.)

Das Verhalten des Bekl. muß als schuldhaft bezeichnet werden.

Eine gewissenhafte Prüfung der Rechtslage hätte den Bekl. keineswegs zu der Überzeugung führen können, es sei ungefährlich, den Versicherungsanspruch des Kl. innerhalb der gesetzten Frist nur teilweise einzuklagen. Eine abschließende Entscheidung des RG. über die Frage lag nicht vor. Seine Rspr. behandelte anderweitige Ausschlußfristen und hatte schon betont, daß es nicht angängig sei, die verschiedenartigen Ausschlußfristen, insbes. die gesetzlichen und die vertraglichen, ohne weiteres gleichzustellen. Für die Verjährung steht seit langem fest, daß sie durch eine Teilklage nur für den eingeklagten Teilbetrag unterbrochen wird. Der Verjährungsfrist sind, wie das RG. mehrfach ausgesprochen hat (vgl. z. B. RGZ. 87, 281 [283] = JW. 1916, 184; RGZ. 142, 280 [285] = JW. 1934, 351[7] m. Anm.), die vertraglichen Ausschlußfristen — um eine solche handelte es sich hier — rechtsähnlich. Deshalb lag die Möglichkeit sehr nahe, sie auch für die Wirkungen der Teilklage gleich zu behandeln. Die Meinungen im Schrifttum, das sich übrigens nur vereinzelt über die Frage ausläßt, sind geteilt.

Während Warneyer, VVG. in Anm. III zu § 12 (S. 44) sagt, die Erhebung der Klage auf einen Teilbetrag unter Vorbehalt der Erhöhung des Klageanspruchs müsse als zur Wahrung der vertragsmäßigen Klagefrist genügend angesehen werden, vertritt Prölß, VVG., in Anm. 10 zu § 12 (S. 38) die Meinung, der ganze abgelehnte Anspruch müsse geltend gemacht werden; werde er nur teilweise eingeklagt, so werde die Ausschlußfrist nur teilweise unterbrochen. Die Durchforschung der höchstrichterlichen Rspr. und des Schrifttums würde den Bekl. also auf die Ungewißheit der bei Erhebung einer bloßen Teilklage eintretenden Rechtslage hingewiesen haben. Er hätte dann den sicheren Weg, d. h. hier die Klagerweiterung innerhalb der Frist, wählen müssen, um allen Anzweiflungen der Rechtzeitigkeit des gerichtlichen Vorgehens des Kl. vorzubeugen. (Wird ausgeführt.)

(RG., III. ZivSen., U. v. 10. Nov. 1936; III 59/36.) [v. B.] ⟨= RGZ. 152, 330.⟩

Anmerkung: Eine für die Anwaltschaft und die Versicherungsunternehmungen gleich bedeutsame Entsch., die grundsätzliche versicherungsrechtliche Fragen im Rahmen eines Anwaltshaftungsprozesses erörtert.

I. Das Urteil enthält drei Rechtssätze:

1. Die Ausschlußfrist des § 12 Abs. 2 VVG. wird durch eine Teilklage nur in Höhe des eingeklagten Teils gewahrt.

2. Daß der Versicherer sich auf den Ablauf der Ausschlußfrist beruft, kann gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn und soweit der Versicherungsnehmer sich bei einer Teilklage weitergehende Ansprüche vorbehalten hat.

3. Verstößt der Versicherer durch die Berufung auf die Ausschlußfrist gegen Treu und Glauben, so muß, obwohl der Umfang der Ablehnung klargestellt ist, eine neue Ausschlußfrist gesetzt werden.

Zu 1. In der Abgrenzung der Ausschlußfrist des § 12 Abs. 2 VVG. gegenüber bestimmten gesetzlichen Ausschlußfristen und in der Argumentation aus dem Normgrund des § 12 Abs. 2 VVG., wie er sich vor allem aus der Begründung zum VVG. ergibt, kann dem RG. nur beigepflichtet werden. Daß die Ausschlußfrist durch eine Teilklage nur in Höhe des eingeklagten Teils unterbrochen wird, entspricht der h. M. (u. a. Prölß, Anm. 10 zu § 12; Raiser, Anm. 58 zu § 18; RG. VII 82/36: JurRdschPrVers. 1936, 325 = DÖffV. [Prax.] 1936, 481 — wo der Rechtssatz allerdings nur mittelbar ausgesprochen worden ist —, KG.: VAuffAPrVers. 1933 Nr. 2581 = JurRdschPrVers. 1933, 298; 1932, 295; Düsseldorf: VA. 1928 Nr. 1905; Hamburg: LZ. 1911, 244; Celle: VAuffAPrVers. 1935 Nr. 2830 = JurRdschPrVers. 1936, Zusatzheft 2 S. 25; Düsseldorf: JurRdschPrVers. 1935, Zusatzheft 2 S. 49; Königsberg: VAuffAPrVers. 1936 Nr. 2865 = JurRdschPrVers. 1936, Zusatzheft 2 S. 26; a. M.: Warneyer, Anm. 3 zu § 12; Zweibrücken: Dtsch. Versichertenzeitung VI, 67 ff.). Die vier erstgenannten OLGUrteile sind seit langem veröffentlicht, und man hätte von der VerInst. wohl eine Auseinandersetzung mit diesen Urteilen erwarten dürfen.

Zu 2. Wie RG. VII 82/36, Zweibrücken a. a. O. und Nürnberg: VAuffAPrVers. 1930 Nr. 2177 nimmt das RG. hier an, es könne gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn der Versicherer sich auf die Ausschlußfrist beruft, obwohl sich der Versicherungsnehmer bei der Geltendmachung eines Teilbetrages weitere Ansprüche vorbehalten hat. Das entspricht der Tendenz, die Grundsätze von Treu und Glauben besonders im Versicherungsverkehr zu betonen, die vor allem in den Urt.: RGZ. 148, 298 = JW. 1935, 3289[2] m. Anm.; RGZ. 150, 147 = JW. 1936, 1758[2]; JurRdschPrVers. 1935, 361 = JW. 1936, 149[1] zum Ausdruck kommt und die vielleicht in ihrer Schärfe weder durch die Verhältnisse im Versicherungswesen allgemein noch durch die besonderen Umstände der einzelnen Fälle gerechtfertigt wird.

Ich kann dem RG. hier nicht folgen. Soweit der Gesetzgeber geglaubt hat, den Versicherungsnehmer schützen zu müssen, ist das dadurch geschehen, daß das Ablehnungsschreiben sehr strenge Erfordernisse erfüllen muß. Es muß nach der Rspr. (vgl. Prölß, Anm. 6 zu § 12) mit aller Klarheit zum Ausdruck gebracht werden, daß der Versicherer durch bloßen Zeitablauf von der Verpflichtung zur Leistung frei wird, wenn der Anspruch nicht vorher gerichtlich geltend gemacht wird. Damit scheint mir den Anforderungen von Treu und Glauben bereits Genüge geleistet zu sein. Ein korrektes Ablehnungsschreiben spricht deutlich genug aus, daß nach Ablauf der Frist der Versicherungsnehmer grundsätzlich alle Ansprüche verliert, und jeder kann daraus folgern, daß eine Teilklage die Frist nur teilweise unterbricht (insbes., wenn es im Ablehnungsschreiben heißt, daß der Anspruch „mittels vollständiger Klage“ geltend gemacht werden müsse) — ebenso, wie anerkanntermaßen eine Teilklage nicht die Verjährung für den gesamten Anspruch unterbricht.

Es kommt folgendes hinzu:

Das RG. sagt, dem Versicherer könne „unter Umständen“ der Einwand der Arglist entgegengehalten werden, wenn er sich auf seine Leistungsfreiheit wegen der nicht eingeklagten Ansprüche beruft. Tatsächlich wird der Einwand nicht nur unter besonderen Umständen zugelassen, sondern immer, wenn der Versicherungsnehmer unter Vorbehalt weiterer Ansprüche einen Teilbetrag eingeklagt hat, ohne daß der Versicherer widersprochen hätte. So im vorl. Fall und in den Fällen RG. VII 82/36 und Zweibrücken DVersZ. VI, 67. Allein der Fall Nürnberg: VAuffPrVers. 1930 Nr. 2177 macht eine Ausnahme. Hier waren 1000 *RM* unter Vorbehalt des Restes eingeklagt, und der Versicherer hatte sich nicht nur widerspruchslos darauf eingelassen, sondern im Laufe des Prozesses vergleichsweise über 10 000 *RM* angeboten. Dieses Vergleichsangebot konnte in der Tat den Eindruck erwecken, als ob nach Auffassung des Versicherers die Ausschlußfrist durch die Teilklage gewahrt sei. Wird aber praktisch der Einwand der Arglist in allen „normalen“ Fällen einer Teilklage zugelassen, so läuft das auf eine grundsätzliche Abänderung des § 12 Abs. 2 VVG. hinaus, die die Rspr. auch auf dem Umweg über § 242 BGB. nicht vornehmen darf.

Im übrigen scheint mir wichtig, eins zu betonen: Nachdem durch die Entsch. RG. VII 82/36 und das vorl. Urteil endgültig geklärt ist, daß die Ausschlußfrist nur durch eine Klage auf den vollen geforderten Betrag gewahrt wird, müssen sich die Anwälte, die mit der Erhebung von Klagen gegen Versicherer beauftragt sind, darauf einstellen. Sobald die Versicherer die Kenntnis der reichsgerichtlichen Rspr. bei der großen Masse der Anwälte voraussetzen dürfen, sind sie m. E. auch nicht mehr nach Treu und Glauben gehalten, darauf aufmerksam zu machen, daß eine Teilklage nicht genügt, um die Ausschlußfrist zu unterbrechen — zu allgemeinen Rechtsbelehrungen ist der Versicherer nicht verpflichtet, zumal wenn er einem rechtskundig beratenen Gegner gegenübersteht. Sehr mit Recht sagt das Urteil an anderer Stelle, daß der Versicherungsnehmer nicht jede eigene Säumnis — der die Säumnis des Prozeßbevollmächtigten in diesem Falle gleichsteht (Prölß, Anm. 8 zu § 12) — auf den Versicherer abwälzen könne.

Für eine gewisse Zeit jedoch wird die Versicherungspraxis noch mit dem vorl. Urteil und dem Urteil RG. VII 82/36 rechnen müssen, d. h. in jeder Klagebeantwortung wird mehr oder weniger formularmäßig darauf hingewiesen werden müssen, daß durch die Teilklage die Ausschlußfrist nur teilweise unterbrochen worden ist. Infolgedessen sind auch die Einschränkungen bedeutsam, die das vorl. Urteil macht: Nur wenn der Versicherungsnehmer sich in der rechtzeitig erhobenen Teilklage weitere Ansprüche vorbehalten hat und soweit er sie sich (nach Grund und Betrag) vorbehalten hat, kann der Einwand der Arglist Platz greifen — wobei interessant ist, daß das RG. diese Einschränkungen nicht aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, sondern aus dem Normgrund des § 12 Abs. 2 VVG. entwickelt. Ein Verstoß gegen Treu und Glauben kann, wie einschränkend weiter bemerkt werden mag, auch nur dann angenommen werden, wenn der Versicherungsnehmer nach Belehrung überhaupt noch in der Lage gewesen wäre, die Klage vor Ablauf der Ausschlußfrist zu erhöhen oder vor Ablauf der Frist Feststellungsklage wegen der nicht eingeklagten Ansprüche zu erheben. Wird also die Teilklage erst unmittelbar vor Ablauf der Ausschlußfrist zugestellt, so kann dem Versicherer kein Vorwurf gemacht werden, wenn er es unterläßt, auf die beschränkte Wirkung der Teilklage hinzuweisen.

Zu 3. Schon RGZ. 148, 298 = JW. 1935, 3289 [2] m. Anm. hat ausgesprochen, daß die Ablehnung wiederholt werden muß, wenn der Versicherer sich nicht auf die erste Ablehnung berufen kann, obwohl sie formell korrekt war. Ich kann mich demgegenüber nur den Bemerkungen von Ehlers: JW. 1935, 3291 anschließen. Daß die Ausschlußfrist schriftlich und in korrekter Form gesetzt worden ist, läßt sich nicht einfach ignorieren, und sobald klargestellt worden ist, daß die Ablehnung ernstlich gemeint ist und daß der Versicherer auf die Rechtsfolgen des Fristablaufs nicht verzichten will, müßte erwartet werden dürfen, daß der Versicherungsnehmer binnen angemessener Frist klagt, ohne daß eine neue Frist gesetzt werden müßte.

II. Zu dem konkreten Fall ist zu bemerken, daß, wenn sich auch der Versicherer in Höhe des im Vorprozeß nicht geltend gemachten Teilbetrages nicht auf die Ausschlußfrist berufen kann, der Anspruch insoweit höchstwahrscheinlich nach § 12 Abs. 1 VVG. verjährt sein wird, da sich der Unfall im Januar 1933 ereignet hat.

Es ist auch kein Grund zu ersehen, warum der Versicherer gehindert sein sollte, sich auf die Verjährung zu berufen. Möglicherweise muß daher für den durch Verjährung eingetretenen Verlust dieser Ansprüche der bekl. Anwalt einstehen, wenn er nicht den Kl. bei der Beendigung des Mandats auf die Verjährungsfrist hingewiesen hat (vgl. Karlsruhe: JW. 1934, 1188 [20]).

RA. Dr. Erich R. Prölß, Hamburg.

*

3. § 1545 Nr. 1 RVO.; §§ 11 Abs. 2, 1 der 4. NotVO. v. 8. Dez. 1931 (RGBl. I, 722), 5. Teil Kap. IV Abschn. 1. Im Gegensatz zu den anderen Versicherungsarten bedarf das Verfahren für die Bewilligung einer Rente auf dem Gebiete der Unfallversicherung keines Antrages des Rentenberechtigten. Das Verfahren ist von Amts wegen einzuleiten. Die an die Anspruchsanmeldung zu stellenden Anforderungen dürfen in rechtlicher Hinsicht nicht überspannt werden. Die soziale Rechtsordnung ist allem überspannten Formalismus abhold!

Nach den Übergangsbestimmungen der 4. NotVO. vom 8. Dez. 1931 (RGBl. I, 722), 5. Teil Kap. IV Abschn. 1 § 11 Abs. 2 gelten die Vorschriften des § 1 Abs. 2 für Ansprüche aus Versicherungsfällen, die vor dem 1. Jan. 1932 eingetreten sind, dann, wenn der Versicherungsträger seinen Bescheid nach dem 31. Dez. 1931 erteilt, es sei denn, daß der Rentenantrag vor dem 1. Nov. 1931 gestellt war. Der Versicherungsfall, d. h. der Tod des Versicherten, war hier vor dem 1. Jan. 1932 eingetreten. Die Rentenberechtigung der Kl. als Stiefkinder des Versicherten hing also im weiteren von verfahrensrechtlichen Vorgängen ab, und zwar insbes. davon, ob das Verfahren vor dem 31. Dez. 1931 durch Erteilung eines Bescheids abgeschlossen war. Das BG. hat das bejaht und daher das alte Recht für anwendbar erklärt. Der Rev. ist zuzugeben, daß diese Erwägungen von Rechtsirrtum beeinflußt sind. Der Anspruch auf Waisenrente beruht für eheliche Kinder und für Stiefkinder auf verschiedenartigen Voraussetzungen. Der Bescheid v. 14. Dez. 1929 hatte den Kl. die Rente als ehelichen Kindern zugesprochen. Mit der Stiefkinderrente hat sich erst der spätere Bescheid v. 9. Nov. 1933 befaßt. (Wird ausgeführt.)

Gleichwohl ist der Stellungnahme des BG. im Endergebnisse, wenn auch aus anderen Rechtsgründen, beizupflichten. Nach dem mit dem Inhalt der Unfallakten übereinstimmenden Vorbringen beider Parteien hatte die Mutter der Kl. für diese den Antrag auf Waisenrente am 18. März 1929, also vor dem 1. Nov. 1931, gestellt. Der Antrag bezeichnet die Kinder nicht als eheliche, er verlangt die Rentengewährung an sie aus dem eben für sie zutreffenden Rechtsgrunde, ohne diesen näher zu bezeichnen. Der Antrag deckte also im Gegensatze zu dem darauf ergangenen Bescheid auch ihren Anspruch als Stiefkinder. Der Antrag hatte dem Versicherungsträger übrigens Veranlassung gegeben, der Mutter einen Zwischenbescheid zu erteilen. Allerdings war die Mutter nicht die gesetzliche Vertreterin der Kinder, und es fragt sich daher, ob ihr Antrag gleichwohl die Ausnahmebestimmung der 4. NotVO. a. a. O. § 11 Abs. 2 a. E. und demnach die Anwendung des alten Rechts zu rechtfertigen vermag. Das ist zu bejahen. Im Gegensatze zu den anderen Versicherungsarten bedarf das Verfahren für die Bewilligung einer Rente auf dem Gebiete der Unfallversicherung keines Antrags des Rentenberechtigten. Das Verfahren ist vielmehr grundsätzlich von Amts wegen einzuleiten (§ 1545 Nr. 1 RVO.). Zwar ist die mit dem Antrag verknüpfte Anspruchsanmeldung im Hinblick auf die Frist des § 1546 RVO. nicht ohne jegliche Rechtsbedeutung. Trotzdem dürfen die an die Anspruchsanmeldung zu stellenden Anforderungen in rechtlicher Hinsicht nicht überspannt werden. Die 4. NotVO. a. a. O. § 11 Abs. 2 läuft im Grunde nur darauf hinaus, die seinerzeit schwebenden Verfahren von der Geltung des neuen Rechts auszunehmen. Daher muß es den Anforderungen der NotVO. genügen, daß hier ein für die Kl. gestellter Rentenantrag aus dem Jahre 1929 vorlag, der nicht nur im damaligen Verfahren durch eine Zwischenverfügung beachtet worden ist, sondern auch das Merkmal trug, daß er von dem wahren gesetzlichen Vertreter der Kinder mit rückwirkender Genehmigung jederzeit hätte gutgeheißen werden können. Mehr zu verlangen würde der allem überspannten Formalismus abholden sozialen Rechtsordnung Abbruch tun. Zum mindesten aber hätte der Amtsvormund, wenn er Berufung gegen den Bescheid v. 9. Nov. 1933 eingelegt haben würde, jedes Bedenken in dieser Hinsicht dadurch beseitigen können, daß er nunmehr den Antrag rückwirkend billigte, was nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen als durchaus zulässig angesehen werden muß (vgl. hierzu RGZ. 86, 246; Jonas, ZPO. 15. Aufl., Anm. I zu § 56 und Anm. V zu § 89 ZPO.).

(RG., III. ZivSen., Urt. v. 16. Okt. 1936; III 343/35.) [v. B.]

*

** **4.** Ges. betr. die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen. Schuldnereigenschaft i. S. von § 10 Abs. 4 Satz 1 SchuldVerschrG. Für den Schuldner der ausgegebenen Schuldverschreibungen folgt der gesetzliche Ausschluß von Stimmen nach § 10 Abs. 4 SchuldVerschrG. aus der Schuldnereigenschaft. Der Schuldner kann nicht mitbestimmen, was zur Wahrung der gemeinsamen Interessen der Schuldverschreibungsinhaber, seiner schuldrechtlichen Gegner, mit Wirkung für alle diese Gläubiger geschehen soll. Ergibt sich wirtschaftlich in gewissem Umfang eine Nämlichkeit zwischen dem Schuldner und einzelnen diesen völlig beherrschenden Schuldverschreibungsinhabern, so folgt daraus noch keineswegs eine Schuldnereigenschaft i. S. des SchuldVerschrG. für diese Gläubiger. Insoweit kommen Analogien aus dem Aktienrecht nicht in Betracht.

Der Kl. als Inhaber von 20 000 *RM* Teilschuldverschreibungen der Bekl. aus der von ihr unterm 7. Juli 1930 bei dem Bankhaus Gebr. A. aufgenommenen (hypothekarisch sichergestellten, zuletzt mit 6 % verzinslichen) Anleihe von sieben Millionen *RM*, hat eine Feststellungsklage gegen die Bekl. dahin erhoben, daß von einer Obligationärversammlung vom 23. Nov. 1932 in M. gefaßte Beschlüsse betreffend diese Inhaberschuldverschreibungen ihm gegenüber unwirksam seien, insbes. soweit sie den Erlaß bzw. die Ermäßigung von Zinsen und die Verlegung der Auslosungstermine betreffen. Diese Beschlüsse sind mit einer Mehrheit von rund 5,5 Millionen *RM* (worunter die Stimmen der zu einem Bankenkonsortium vereinigten Banken Gebr. A., D.-Bank usw.) gegen eine Minderheit von 225 000 *RM* bei einigen Stimmenthaltungen angenommen worden.

Der Kl. ist bisher unterlegen. Die vom Kl. eingelegte Rev. hatte den Erfolg, daß durch Urt. des erk. Sen. v. 30. April

1935, II 349/34, abgedr. in der Hauptsache RGZ. 148, 3 = JW. 1935, 2810³, wegen eines Prozeßverstoßes die Zurückverweisung der Sache an das BG. erfolgt ist. Dieses hat die Berufung des Kl. aufs neue zurückgewiesen. Das RG. hob erneut auf.

Die Rev. wendet sich zunächst gegen die Annahme der Stimmberechtigung der Banken mit den aufgekauften Schuldverschreibungen, die gegen § 10 Abs. 4 SchuldVerschrG. verstoße, in dessen Satz 1 der Schuldner als nicht stimmberechtigt für die in seinem Besitz befindlichen Schuldverschreibungen erklärt wird. Die Entsch. des Vorderrichters sei lediglich auf die Frage abgestellt, ob die Schuldverschreibungen mit Wissen und Willen der Bekl. für deren Rechnung angekauft gewesen seien. Das sei aber rechtsirrig, weil sich auch in dem Falle, daß die Banken für sich gekauft hätten, die Anwendung des § 10 Abs. 4 SchuldVerschrG. auf die im Eigentum der Banken stehenden Schuldverschreibungen aus der Abhängigkeit der Bekl. von den Banken ergebe. In RGZ. 146, 385 (391), Urt. dieses Senats v. 22. Jan. 1935, II 198/34 = JW. 1935, 1550⁴ m. Anm., sei für das Aktienrecht dem Fall des Aktienbesitzes einer nicht stimmberechtigten Person der Fall gleichgestellt, daß die Aktien sich im Eigentum einer von der nichtstimmberechtigten Person abhängigen juristischen Person befänden. Das werde auch in dem umgekehrten Falle gelten müssen, daß die nichtstimmberechtigte juristische oder natürliche Person von dem Aktieneigentümer vollständig beherrscht werde. Dann träfen die Erwägungen der angezogenen Entsch. in derselben Weise zu. In dieser Beziehung müsse für § 10 SchuldVerschrG. dasselbe gelten wie für die Stimmverbote des Aktienrechts. Nicht nur die Schuldverschreibungen, die im Eigentum des Schuldners, sondern auch diejenigen, die im Eigentum einer vom Schuldner vollkommen abhängigen natürlichen oder juristischen Person stehen, müßten von der Abstimmung ausgeschlossen sein.

Diesem ersten Revisionsangriff vermag der Senat nicht stattzugeben. Das von der Rev. verwertete, vor dem früheren RevUrt. in dieser Sache erlassene Urteil RGZ. 146, 385 hatte über einen anderen Streitgegenstand zu befinden. Dort handelte es sich um eine aktienrechtliche Frage und nicht um das allgemeine Ruhen des Stimmrechts, wie es jetzt durch die VO. über Aktienrecht v. 19. Sept. 1931 (RGBl. I, 493) in § 226 Abs. 5 HGB. n. F. gesetzlich geordnet ist, sondern um einen Fall des Stimmrechtsausschlusses in bestimmten Angelegenheiten nach § 252 Abs. 3 HGB. a. F. und nach § 266 Abs. 1 Satz 2 HGB. n. F. (vgl. hierzu RGZ. 146, 71 [76] = JW. 1935, 1236⁶ m. Anm.). Nach dem Ausspruch des Senats a. a. O. S. 391 hat dort der Gesichtspunkt vorgewaltet, daß Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder der AktG. bei der Bildung des körperschaftlichen Willens über ihre Entlastung oder die Prüfung ihres Geschäftsgebarens nicht Richter in eigener Sache durch Ausübung des Stimmrechts in der GenVers. sein sollen. Die Übertragung dieser und anderer gleichartiger Bestimmungen des Aktienrechts auf die Beschlußfassungen in den Versammlungen der Schuldverschreibungsinhaber nach dem SchuldVerschrG., die in der Rechtslehre vertreten wird, spielt hier keine Rolle. Auch zeigt sich für die in jener Entsch. nach der besonderen Gestaltung des Falles insoweit angenommene Gleichstellung zwischen dem zu entlastenden Vorstandsmitglied als natürlicher Person und einer von ihm allein rechtlich bestimmten aktienbesitzenden juristischen Person (GmbH.) im Sachverhalt des vorl. Rechtsstreits kein Gegenbild. Festgestellt und von den Revisionsangriffen nicht betroffen ist, daß die Banken die Schuldverschreibungen, mit denen sie das Stimmrecht ausgeübt haben, für sich erworben und nicht — i. S. des § 226 Abs. 5 HGB. — für Rechnung der Bekl. innegehabt haben. In jenem Falle (RGZ. 146, 385 = JW. 1935, 1550⁴ m. Anm.) ist, weil der gesetzlich nicht stimmberechtigte Beteiligte am Gegenstand der Beschlußfassung den an sich stimmberechtigten Aktieninhaber rechtlich völlig beherrscht hat, auch dieser sonst Stimmberechtigte von der Teilnahme an der Beschlußfassung ausgeschlossen worden. Hier soll der andere Fall gegeben sein, daß der nach dem Gesetze zum Stimmen berechtigte Schuldverschreibungsinhaber auch den — schon mangels Schuldverschreibungsbesitzes — zum Stimmen nicht berechtigten Schuldner völlig beherrschte. Das gesetzlich gebotene Ruhen des Stimmrechts der eigene Aktien innehabenden AktG. folgt nach dem Urteil dieses Senats RGZ. 149, 305 (310) = JW. 1936, 919⁶, 1530⁸ m. Anm. aus dem Wesen der AktG., aber das Stimmrecht der abhängigen AktG. wird dort im Gegensatz zu den Ableitungen der Rev. nach der Gesetzeslage bejaht. Für den Schuldner der ausgegebenen Schuldverschreibungen folgt der gesetzliche Ausschluß vom Stimmen nach § 10 Abs. 4 SchuldVerschrG. eben aus der Schuldnereigenschaft. Der Schuldner kann und soll naturgemäß darüber nicht mitbestimmen, was zur Wahrung der gemeinsamen Interessen der Schuldverschreibungsinhaber, seiner schuldrechtlichen Gegner, mit Wirkung für alle diese Gläubiger geschehen soll. Schuldner aus diesen Schuldverschreibungen der Bekl. sind aber die Banken nicht geworden, sondern sie haben im Gegenteil das Gläubigerrecht erworben. Dieses ihr Gläubigerrecht wahrzunehmen, ist ihnen durch das Schuldverschreibungsgesetz nicht versagt, selbst wenn sie nach dem jetzigen Sachvortrag des Kl. bei der schuldenden AktG. nicht nur als Inhaber der Mehrheit der Aktien Einfluß auf die körperschaftlichen Willensbildung gehabt haben, sondern sie tatsächlich völlig beherrscht haben. Nach den späteren, von der Rev. angeführten Schriftsätzen ging die Behauptung des Kl. dahin, daß die Banken die Sanierung der Bekl. lediglich als ihre eigene Sache in die Hand genommen und dazu ein Verfahren eingeschlagen hätten, wobei ein von ihnen in Berlin eingerichtetes Büro mit von ihnen eingesetzten, aus früheren Angestellten der Banken bestehenden Leitern nur die technische Durchführung zu besorgen gehabt habe. Diese Leiter des Büros hätten in Wahrheit den Vorstand der Bekl. gebildet, aber auch nichts zu sagen gehabt. Die Banken als Aufsichtsrat seien an Stelle des Vorstandes getreten und hätten „mit dessen stillschweigender Ermächtigung“ für die beklagte Gesellschaft gehandelt — wobei unklar bleibt, wer als Vorstand diese „Ermächtigung“ gegeben haben soll, die Leiter des Berliner Büros oder ein noch fortbestehender handelsgerichtlich eingetragener alter Vorstand, und wie sich die „Ermächtigung“ zu dem „An-die-Stelle-treten“ verhält. — Dieses ganze Vorbringen vermag daran nichts zu ändern, daß eben die Banken, die die Sanierung der Bekl. in die Hand nehmen wollten und sollten und insbes. für die Fortführung des Betriebes der Bekl. sorgen mußten, doch nicht Schuldner der Anleihe geworden sind. Als Schuldner können sie auch nicht um deswillen behandelt werden, weil die Sache so lag, daß im Falle des befürchteten und durch die Sanierung abzuwendenden Konkurses das nach Absonderung der den Schuldverschreibungsinhabern unterpfändlich haftenden Werke noch verbleibende Vermögen der Bekl. die Masse gebildet hätte, aus der sie als sonstige Gläubiger und schließlich als Aktionäre der Bekl. neben anderen allein noch ihre Befriedigung hätten finden können. Stieg und fiel so wertmäßig ihr in Gläubigerforderungen und in Aktien sich darstellender Vermögensteil mit dem Restvermögen der Bekl., so ergab sich daraus wirtschaftlich in gewissem Umfang eine Nämlichkeit zwischen ihnen und der Bekl., niemals aber die nach dem Gesetze wesentliche Schuldnereigenschaft. Ebensowenig konnte diese durch ein Handeln an Stelle oder mit Ermächtigung des Vorstandes geschaffen werden. Der Fall einer Einmann-AktG., für den wohl Gleichheit zwischen Gläubiger und Schuldner anzunehmen wäre, wenn der Inhaber aller Aktien der schuldenden Gesellschaft auch Schuldverschreibungsinhaber ist, liegt hier nicht vor. Hinsichtlich der gesetzlichen Vorkehr und eines Bedürfnisses weiterer Ausdehnung des völligen Ruhens des Stimmrechts, mit dem dann allerdings die Möglichkeit einer rechtswirksamen Beschlußfassung unter den übrigen Schuldverschreibungsinhabern gewahrt bliebe, weil bei Anwendung des § 10 Abs. 4 die gesetzlich erforderlichen Mehrheiten nach § 11 Abs. 4 SchuldVerschrG. unter Absetzung der ruhenden Stimmen zu berechnen wären, ist auf das frühere RevUrt. RGZ. 148, 14—16 = JW. 1935, 2810³ zu verweisen. Es besteht kein hinreichender Grund und keine Handhabe dafür, das notwendige Gegengewicht gegen die etwa aus einer Sachlage, wie geschildert, zu befürchtende Ausübung des Stimmrechts in eigensüchtigem Interesse als sonstiger Gläubiger und als Aktio-

näre wo anders hinzulegen, als in die im Streitfall eintretende Nachprüfung, ob nach § 1 SchuldVerschrG. von der beschließenden Mehrheit zur Wahrung der gemeinsamen Interessen der Schuldverschreibungsinhaber gehandelt worden ist.

Der Rev. war aber aus verfahrensrechtlichen Gründen erneut stattzugeben. (Wird ausgeführt.)

(RG., II. ZivSen., U. v. 6. Nov. 1936; II 69/36.) [v. B.]

*

** **5.** §§ 3, 30 KO.

1. Auch bedingte Forderungen begründen einen Vermögensanspruch an den Gemeinschuldner i. S. des § 3 KO. — Die Konkursgläubigereigenschaft ist nicht von einer Anmeldung der Forderung abhängig.

2. Die Anfechtbarkeit einer Hypothekenbestellung kann nach § 30 Nr. 2 KO. auch dann gegeben sein, wenn der Gemeinschuldner die Hypothek für die Hauptforderung einer von ihm übernommenen Bürgschaft bestellt.

Über das Vermögen des Kaufmanns B. ist am 10. Jan. 1933 das Konkursverfahren eröffnet worden. Der Bekl. ist zum Konkursverwalter bestellt.

Durch Vertrag v. 23. Dez. 1925 hatte der Gemeinschuldner von dem Gutsbesitzer L. das Recht erworben, auf einem Teile des diesem gehörenden Grundstücks Sand abzubauen. Das angrenzende Grundstück gehört einer GmbH. unter der Firma B. Sandwerk-GmbH., die der Gemeinschuldner im Jahre 1936 gegründet hat. Geschäftsführer waren er selbst und ein Kaufmann B. Diesen beiden gehörten alle Geschäftsanteile spätestens seit Ende 1931.

Das Sandabbaurecht an dem L.schen Grundstück ist seit 1926 vom Gemeinschuldner der B. Sandwerk-GmbH. zur Ausnutzung überlassen worden. Ein Antrag des Gemeinschuldners, das ihm nach dem Vertrag v. 23. Dez. 1925 bewilligte Abbaurecht im Grundbuch eintragen zu lassen, war am 31. Juli 1928 vom GBA. zurückgewiesen worden.

Die Kl. hatte der Sandwerk-GmbH. einen laufenden Kredit eröffnet, für den sie sich neben anderen Sicherheiten von dem Gemeinschuldner im Jahre 1926 und im Mai 1931 Bürgschaften von insgesamt 30 000 *RM* hatte geben lassen. Nachdem sich starke Kreditüberziehungen herausgestellt hatten, kam am 15. Juli 1932 zwischen der Kl. und dem Gemeinschuldner ein Vertrag zustande, durch den letzterer zur Sicherheit der Ansprüche der Kl. gegen die Sandwerk-GmbH. alle ihm aus dem Abkommen zwischen ihm und L. v. 23. Dez. 1925 zustehenden Rechte und Ansprüche an die Kl. abtrat. Als die grundbuchmäßige Regelung dieser Abtretung auf Schwierigkeiten stieß, wurde am 3. Okt. 1932 zwischen der Frau Olga L. als Alleinerbin des L. und dem Gemeinschuldner ein neuer Vertrag geschlossen, in dem der Vertrag v. 23. Dez. 1925, soweit nötig, bestätigt und die Anlegung eines besonderen Grundbuchblattes für das Abbaurecht beantragt wurde. Gleichzeitig bestellte der Gemeinschuldner an dem Abbaurecht für die Kl. eine Sicherungshypothek zum Höchstbetrage von 70 000 GM. für deren Ansprüche gegen die Sandwerk-GmbH. Die Eintragung der Hypothek erfolgte am 14. Nov. 1932.

Der Kl. stehen aus dem Kreditverhältnis fällige, unter die Sicherungshypothek fallende Ansprüche in Höhe von mehr als 6500 *RM* an die Sandwerk-GmbH. zu. Sie hat Klage erhoben mit dem Antrag, den Bekl. zu verurteilen, wegen eines Teilbetrages von 6500 *RM* die Zwangsvollstreckung in das Abbaurecht aus der Sicherungshypothek zu dulden. Der Bekl. hat Klageabweisung beantragt mit der Begründung, die Bestellung der Hypothek sei nach § 30 Nr. 1 und 2, § 31 Nr. 1 KO. anfechtbar. Während das LG. der Klage stattgegeben hat, hat das BU. die Klage abgewiesen. Die Rev. war erfolglos.

Der BerR. hält die Anfechtung nach § 30 Nr. 2 KO. für begründet. Er stellt fest, daß am 15. Juli 1932, am 3. Okt. 1932 und am 14. Nov. 1932 die Zahlungseinstellung des Gemeinschuldners vorgelegen, und diese Zahlungseinstellung am 10. Jan. 1933 zum Konkurs geführt habe, daß ferner die Kl. für ihre Forderung von 6500 *RM* eine Sicherung erlangt habe, auf die sie keinen Anspruch gehabt habe. Er unterstellt als richtig, daß sie zur Zeit der angefochtenen Handlung von der Zahlungseinstellung keine Kenntnis gehabt habe, hält aber nicht für bewiesen, daß den Angestellten der Kl., die als ihre Vertreter den Vertrag v. 15. Juli 1932 abgeschlossen haben, von einer Begünstigungsabsicht des Gemeinschuldners nichts bekannt gewesen sei. Das Fehlen einer solchen Kenntnis hält er auch nicht für dargetan, wenn der 3. Okt. oder der 14. Nov. 1932 als hierfür maßgebender Zeitpunkt anzusehen sei.

Die Rev. rügt, § 30 Nr. 2 KO. könne schon deshalb nicht angewandt werden, weil die Sicherungshypothek nicht für eine Forderung der Kl. gegen den Gemeinschuldner, sondern für eine solche gegen die Sandwerk-GmbH. bestellt und der Kl. deshalb nicht als Konkursgläubigerin i. S. des § 30 Nr. 2 KO. eine Sicherung gewährt worden sei. Der BerR. hat allerdings zu dieser Frage nicht ausdrücklich Stellung genommen. Aus seinen Feststellungen ergibt sich aber zunächst, daß die Kl. auch im Konkursverfahren betr. B. Konkursgläubigerin ist. B. hat unstreitig im Jahre 1926 und im Mai 1931 für die Kreditforderung der Kl. gegen die Sandwerk-GmbH. die Bürgschaft in Höhe von jedesmal 15 000 *RM* übernommen. Es ist nicht festgestellt, ob es sich hierbei um eine selbstschuldnerische Bürgschaft gehandelt hat. Aber auch wenn dies nicht der Fall gewesen sein sollte und die Forderung der Kl. deshalb im Konkursverfahren über das Vermögen des Bürgen zunächst eine aufschiebend bedingte gewesen wäre, die nach § 67 KO. nur zu einer Sicherung berechtigt hätte, so würde die Kl. gleichwohl Konkursgläubigerin i. S. des § 3 KO. gewesen sein, da auch bedingte Forderungen einen Vermögensanspruch an den Gemeinschuldner i. S. dieser Bestimmung begründen (vgl. Mentzel, KO., 4. Aufl., S. 36, Anm. 3, Abs. 2 zu § 3). Außerdem ist aber am 29. Nov. 1932 über das Vermögen der B. Sandwerk-GmbH. das Konkursverfahren eröffnet worden und damit nach § 773 Abs. 1 Nr. 3 BGB. eine etwa bestehende Einrede der Vorausklage weggefallen, so daß spätestens von diesem Zeitpunkt ab die Forderung der Kl. gegen den Gemeinschuldner nicht mehr durch den Ausfall bei der Hauptschuldnerin bedingt war. Unerheblich ist ferner, ob die Kl. ihre Bürgschaftsforderung im Konkursverfahren B. angemeldet hat, da die Konkursgläubigereigenschaft nicht von einer Anmeldung der Forderung abhängig ist. Die Kl. ist also Gläubigerin auch in diesem Konkursverfahren. Als solche hat sie auch eine Sicherheit erlangt, auf die sie keinen Anspruch hatte. Zwar muß davon ausgegangen werden, daß die Abtretung des Abbaurechts v. 15. Juli 1932 und die Hypothekenbestellung v. 3. Okt. 1932 zur Sicherung für die der Kl. gegen die Sandwerk-GmbH. zustehende Forderung, also für die Hauptforderung, erfolgt sind. Soweit aber B. für diese Forderung als Bürge haftet, gewähren jene Rechtshandlungen der Kl. auch als Gläubigerin in dem Konkursverfahren des Bürgen eine Sicherung, die sie nicht zu beanspruchen hatte. Allerdings haftet die für die Hauptschuld bestellte Sicherheit nicht auch unmittelbar für die Bürgschaftsschuld; sie wirkt aber wegen der Abhängigkeit der Bürgschaftsforderung von der Hauptforderung mittelbar auf erstere, indem die Bürgschaftsforderung insoweit erlischt, als die Hauptforderung aus der Sicherheit befriedigt wird. Nun bezweckt § 30 Nr. 2 KO. die gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger. Diese wäre jedenfalls gestört, wenn der Gemeinschuldner die Sicherheit unmittelbar für die Bürgschaftsschuld bestellt hätte. Sie wird aber auch dadurch gestört, daß er für die Hauptforderung bestellt hat, da auch so die Kl. wegen ihrer Konkursforderung aus der Bürgschaft insoweit vor den anderen Konkursgläubigern bevorzugt wird, als diese aus dem als Sicherheit gestellten Vermögensgegenstande keine Befriedigung mehr finden können. Hiernach ist die von der Rev. vermißte Voraussetzung des § 30 Nr. 2 KO. gegeben. Ob dieses Bedenken der Rev. etwa insoweit begründet ist, als die Kl. keine Bürgschaftsforderung gegen den Gemeinschuldner hat, kann hier dahingestellt bleiben, da mit der Klage die Zwangsvollstreckung in das Grundstück uneingeschränkt, also auch innerhalb der ersten 30 000 *RM* der Sicherungshypothek verfolgt wird.

(RG., VII. ZivSen., U. v. 6. Nov. 1936, VII 80/36.) [L.]
⟨= RGZ. 152, 321.⟩

*

6. §13 GVG.; §§3, 4 EGZPO. Wenn Landesgesetze für den Staat oder sonstige öffentlich-rechtliche Körperschaften die Beitreibung von Geldbeträgen im Verwaltungsverfahren anordnen oder zulassen, entziehen sie damit den Streit über das Bestehen des Anspruchs noch nicht dem ordentlichen Rechtsweg.

Die beiden Vorurteile gehen zutreffend davon aus, daß die dem Bayerischen Staat aus Holzverkäufen geschuldeten Kaufgelder nach den einschlägigen bayerischen VO. im Verwaltungsverfahren beigetrieben werden können. Dieses Beitreibungsverfahren ist auch nach dem Inkrafttreten der Reichsjustizgesetze zulässig geblieben, obwohl solche Forderungen dem Gebiete des bürgerlichen Rechts angehören (§ 13 GVG.; § 3 Abs. 1 EGZPO.; Art. 4 BayAGZPO. und KO.; vgl. RGSt. 24, 389). Wenn aber Landesgesetze für den Staat oder sonstige öffentlich-rechtliche Körperschaften die Beitreibung von Geldbeträgen im Verwaltungsverfahren anordnen oder zulassen, entziehen sie damit den Streit über das Bestehen des Anspruchs noch nicht dem ordentlichen Rechtsweg. Es darf nicht verkannt werden, daß nach § 4 EGZPO. der Rechtsweg, soweit er sonst nach Reichs- und Landesgesetzen für die fraglichen Ansprüche zugelassen ist, nicht deshalb ausgeschlossen werden darf, daß der Staat, eine Gemeinde oder eine andere öffentliche Korporation Partei ist, daß aber in der landesgesetzlichen Zulassung des Verwaltungszwangsverfahrens für die Beitreibung der dem Staat geschuldeten Geldbeträge nur eine zulässige Erschwerung und Beschränkung des Rechtswegs zu finden ist (RGZ. 55, 61). Demgemäß läßt auch Art. 7 Abs. 2 BayAGZPO. und KO. den Rechtsweg für alle nicht unter Satz 1 daselbst fallenden Einwendungen zu. Es kann hiernach nicht zweifelhaft sein, daß für die ihrer Natur nach privatrechtlichen Ansprüche und den Streit darüber auch dem Bayerischen Staat gegenüber a. a. O. die Zulässigkeit des Rechtswegs anerkannt worden ist. Zutreffend hat aber bereits das BayObLG. durch Urt. v. 26. Juni 1929 (vgl. BayObLGZ. 29, 306) ausgesprochen, daß Einwendungen, die das Erlöschen des Anspruchs des Staats auf Holzgelder betreffen, von den bürgerlichen Gerichten zu entscheiden sind. Der Weg dafür ist die Vollstreckungsgegenklage des § 767 ZPO., die bei dem allgemeinen Gerichtsstand des Schuldners zu erheben ist (§ 797 Abs. 5 ZPO.); die beschränkende Vorschrift des § 767 Abs. 2 ZPO. findet insoweit keine Anwendung (vgl. § 797 Abs. 4 ZPO.).

Der Bekl. beruft sich daher für seine abweichende Rechtsansicht zu Unrecht auf Art. 44 des bayr. Ges. v. 30. Juni 1921 (GVBl. 361, 371) zum Vollzug des LStG. v. 30. März 1920 (RGBl. 402), jetzt Art. 44 GemAbgG. v. 8. April 1935 (GVBl. 349). (Wird ausgeführt.)

(RG., III. ZivSen., Urt. v. 30. Okt. 1936; III 2/36.) [v. B.]

*

7. §§ 114 ff., 234 ZPO.

Hat nicht die Partei selbst den Antrag auf Bewilligung des Armenrechts gestellt, sondern ihn durch einen Rechtsanwalt stellen lassen, so liegt darin, auch wenn eine formelle Vollmacht nicht eingereicht ist, ohne weiteres dessen Ermächtigung, die Entsch. über diesen Antrag für die Partei entgegenzunehmen. Die Frist für den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beginnt hier mit der Zustellung an den Anwalt.

(RG., VI. ZivSen., Beschl. v. 3. Dez. 1936, VI B 20/36.) [Tr.]

*

8. §§ 232, 233 ZPO. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zum Nachweise der gezahlten Prozeßgebühr. Ein noch nicht in den anwaltlichen Probedienst übernommener, aber bei einem Anwalt bereits als Hilfskraft beschäftigter Assessor ist nicht Vertreter i. S. des § 232 Abs. 2 ZPO. Ein Rechtsanwalt hat die äußerste nach den Umständen des Falles aufzuwendende Sorgfalt angewendet, wenn er den bei ihm beschäftigten Assessor beauftragt hat, die rechtzeitige Einzahlung der Prozeßgebühr zu überwachen. Wählt der Assessor für die Übermittlung der Prozeßgebühr einen ungeeigneten Weg, so ist dies ein Umstand, der von dem Anwalt nicht vorauszusehen war.

Durch Urteil des LG. in K. v. 10. Juni 1936 ist die Ehe der Parteien aus Verschulden des Bekl. geschieden und seine Scheidungswiderklage abgewiesen worden. Gegen dieses Urteil hat der Bekl. Berufung eingelegt. Die dem Bekl. gesetzte Frist zum Nachweis der Zahlung der Prozeßgebühr ist von dem Vorsitzenden des 1. ZivSen. des OLG. mehrfach, zuletzt hinsichtlich des noch restlichen Betrags von 30 RM durch Vfg. v. 10. Sept. 1936 bis zum 21. Sept. 1936 verlängert worden. Am Sonnabend, dem 19. Sept. 1936, hat der Bekl. den Betrag von 30 RM im Büro des RA. St. mit der Bitte um Weiterleitung an die Gerichtskasse in Köln eingezahlt. Für St. veranlaßte Assessor B. sofort auf dem Postscheckwege die Überweisung des Betrags an die Gerichtskasse in Köln; der Postscheckbrief wurde von ihm noch am Vormittag des 19. Sept. der Post zur Beförderung übergeben. Das Postscheckamt in Köln hat die Umbuchung des Betrags von dem Konto des RA. St. auf das Konto der Gerichtskasse in Köln am Montag, dem 21. Sept. 1936, vorgenommen. Die Gutschriftsanzeige des Postscheckamts ist am 22. Sept. 1936 bei der Gerichtskasse in Köln eingegangen und von dieser am gleichen Tage an das BG. weitergegeben worden.

Durch Beschluß des OLG. v. 3. Okt. 1936 ist unter Zurückweisung des Antrags des Bekl. auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zum Nachweis der Einzahlung der Prozeßgebühr die Berufung des Bekl. gegen das Urteil des LG. als unzulässig verworfen worden. Das OLG. hat die sofortige Beschwerde gegen diesen Beschluß für zulässig erklärt. Sie ist begründet.

Mit Recht geht das OLG. davon aus, daß der Bekl. die durch Verfügung des Vorsitzenden gem. § 519 Abs. 6 ZPO. ihm gesetzte Frist versäumt hat. Zwar ist der Betrag von 30 RM durch das Postscheckamt am 21. Sept. 1936 der Gerichtskasse gutgeschrieben worden; es ist daher die Zahlung der restlichen Prozeßgebühr an diesem Tage, also noch innerhalb der von dem Vorsitzenden bestimmten Frist, als erfolgt anzusehen (RGZ. 122, 46; 145, 250 = JW. 1935, 351³ m. Anm.). Es hatte jedoch nach § 519 Abs. 6 ZPO. und nach der dieser Vorschrift entsprechenden Verfügung des Vorsitzenden innerhalb dieser Frist nicht nur die Zahlung der Prozeßgebühr, sondern auch der Nachweis der Zahlung gegenüber dem BG. zu erfolgen. Dieser ist aber erst am 22. Sept. 1936, also nach Ablauf der gesetzten Frist, geführt worden, indem an diesem Tage die Gutschriftsanzeige des Postscheckamts bei der Gerichtskasse einging und von ihr an das BG. weitergegeben wurde.

Der Antrag des Bekl. auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der gem. § 519 Abs. 6 ZPO. ihm gesetzten Frist ist nach § 233 ZPO. zulässig. Sachliche Voraussetzung der Wiedereinsetzung ist ein unabwendbarer Zufall, d. h. ein Ereignis, das nach den Umständen des Falls die äußerste verständigerweise aufzuwendende Sorgfalt weder abwehren noch in seinen schädlichen Folgen vermeiden konnte. Damit Wiedereinsetzung gewährt werden kann, muß feststehen, daß der Bekl. persönlich und, wenn er einen Vertreter gehabt hat, daß auch dieser die äußerste Sorgfalt hat walten lassen (§ 232 Abs. 2 ZPO.).

Der Bekl. persönlich hat den in Frage stehenden Restbetrag von 30 RM im Büro des RA. St. am Sonnabend, dem 19. Sept. 1936, zur Weiterleitung an die Gerichtskasse in Köln eingezahlt. Der Bekl. durfte diesen Weg der Geldübermittlung als ein besonders sicheres Mittel ansehen, um die ihm gesetzte Frist zu wahren; er durfte damit rechnen, daß der Anwalt das richtige Verfahren einschlagen werde, um nicht nur das rechtzeitige Eintreffen des Geldes bei der Gerichtskasse, sondern auch den rechtzeitigen Nachweis dafür sicherzustellen. Ein Vorwurf,

er habe es an der äußersten Sorgfalt fehlen lassen, kann gegen den Bekl. persönlich, dem es, wie sein Armutszeugnis und seine wiederholten Fristverlängerungsgesuche beweisen, offenbar schwer geworden ist, die erforderlichen Geldmittel aufzubringen, insbes. nicht daraus, hergeleitet werden, daß er den Restbetrag von 30 RM nicht schon vor dem 19. Sept. 1936 beschafft hat.

Der für den RA. St. tätige Assessor B. hat dagegen die ihm nach den Umständen des Falles zuzumutende Sorgfalt nicht walten lassen. B., dem der am Montag, dem 21. Sept. 1936, bevorstehende Fristablauf bekannt war, konnte am Sonnabend, dem 19. Sept. 1936, als ihm vom Bekl. das Geld zur Weiterbeförderung an die Gerichtskasse in Köln behändigt wurde, angesichts des dazwischen liegenden Sonntags nicht damit rechnen, daß der von ihm dem Postscheckamt in Köln brieflich erteilte Überweisungsauftrag von diesem am Montag, dem 21. Sept. 1936, nicht nur durch Umbuchung auf das Konto der Gerichtskasse ausgeführt werden, sondern daß auch die Gutschriftsanzeige des Postscheckamts noch am Montag, dem 21. Sept. 1936, bei der Gerichtskasse eintreffen und noch an diesem Tage dem Gericht bekanntgegeben werden würde. Dem BG. ist darin beizupflichten, daß es dem völlig normalen Verlauf des Postscheckverkehrs entsprochen hat, wenn diese Gutschriftsanzeige, wie geschehen, erst am Dienstag, dem 22. Sept. 1936, bei der Gerichtskasse in Köln einging. B. hätte, bei der ersichtlichen Eilbedürftigkeit der Sache, andere Mittel wählen müssen, um nicht nur die rechtzeitige Zahlung des Betrags, sondern auch den rechtzeitigen Nachweis der Zahlung herbeizuführen. Abgesehen von der Möglichkeit telegraphischer Übermittlung des Betrags wäre auch die Übersendung des Geldes mittels Postanweisung oder mittels Zahlkarte dem von B. gewählten Wege vorzuziehen gewesen, weil auf diese Weise nicht nur der rechtzeitige Eingang des Geldes bei der Gerichtskasse zu erreichen gewesen wäre, sondern auch die Möglichkeit bestanden hätte, die erfolgte Einzahlung des Betrages durch sofortige Übersendung des von der Post empfangenen Posteinlieferungsscheins dem BG. rechtzeitig nachzuweisen (vgl. RGZ. 122, 47; 145, 250 = JW. 1935, 351 [3] m. Anm.; ferner JW. 1932, 648 [10]). — Die Frage ist, ob B. bei dieser Geldübermittlung als Vertreter des Bekl. i. S. des § 232 Abs. 2 ZPO. gehandelt hat und ob der Bekl. daher den Sorgfaltsmangel des B. gegen sich gelten lassen muß. Die Frage ist zu verneinen. B. ist seit dem 3. Aug. 1936 zunächst nur vorläufig im Büro St. beschäftigt. Über den Antrag des Assessors B. auf Übernahme in den anwaltlichen Probedienst ist noch nicht entschieden. Es finden also auf die Stellung, die B. im Bureau des RA. St. zur Zeit noch einnimmt, die Bestimmungen der RRAO. (§§ 2 ff.) über den Probe- und Anwärterdienst keine Anwendung. Eine selbständige Tätigkeit darf ihm noch nicht übertragen werden. Wenn ihm, wie RA. St. berichtet, von diesem die einstweilige Bearbeitung der Ehescheidungssache des Bekl. zugewiesen wurde, so bedeutete das die Beauftragung mit einer Tätigkeit, die B. als Hilfskraft des St. unter dessen Kontrolle und nach dessen Weisungen auszuführen hatte und bei der B. nur ausführendes Organ des RA. St. war, ohne Selbständigkeit oder Verantwortlichkeit gegenüber dritten Personen. Keinesfalls wurde B. dadurch, daß ihm RA. St. die Scheidungssache des Bekl. zur Bearbeitung zuteilte, Vertreter des Bekl. i. S. des § 232 Abs. 2 ZPO.

Vertreter des Bekl. i. S. des § 232 Abs. 2 ZPO. war vielmehr lediglich der RA. St. selbst. Dieser war zwar nicht, wie in den Gründen des angefochtenen Beschlusses irrtümlicherweise angenommen wird, der erstinstanzliche Anwalt des Bekl. in dessen Scheidungsprozeß gewesen; St. wurde vielmehr, nach seiner schriftlichen Erklärung v. 27. Nov. 1936, erst nach Erlaß des landgerichtlichen Urteils von dem Bekl. um Bearbeitung und Beistand bei der Durchführung der Berufung gebeten; er hat dann den Auftrag zur Berufungseinlegung an den Prozeßbevollmächtigten des Bekl. für die zweite Instanz, den RA. Dr. B. weitergegeben und die Information an diesen vermittelt. RA. St. ist also der Verkehrsanwalt des Bekl. für die zweite Instanz. Daß ein Verkehrsanwalt als Vertreter der Partei i. S. des § 232 Abs. 2 ZPO. anzusehen ist, wird vom RG. in ständiger Rspr. angenommen (vgl. RGZ. 115, 73 = JW. 1927, 376 [2]). — Es bedarf deshalb noch der Erörterung, ob von RA. St. bei der Behandlung der Scheidungssache des Bekl., insbes. mit Bezug auf die Einrichtung und Beaufsichtigung seines Bürobetriebs, die äußerste nach den Umständen des Falles aufzuwendende Sorgfalt angewendet worden ist. Aus dem Sachverhalt ergibt sich jedoch kein Anhaltspunkt dafür, das RA. St. es hierbei irgendwie an der ihm nach den Umständen verständigerweise zuzumutenden Sorgfalt hätte fehlen lassen. Es muß als genügend angesehen werden, wenn St., den B. besonders darauf hingewiesen hat, daß die restliche Prozeßgebühr vom Bekl. einige Tage vor dem Fristablauf eingezahlt und die erfolgte Zahlung dem Berufungsanwalt sofort mitgeteilt werden müsse, und daß er den B. beauftragt hat, die rechtzeitige Einzahlung der Prozeßgebühr durch den Bekl. zu überwachen und die Weiterbeförderung des Geldbetrags an die Gerichtskasse im Einvernehmen mit der seit Jahren bei St. tätigen und als zuverlässig bewährten Bürovorsteherin vorzunehmen. Daß B. bei der Übermittelung des ihm vom Bekl. rechtzeitig behändigten Geldbetrags an die Gerichtskasse einen zur Sicherung des rechtzeitigen Nachweises der Zahlung ungeeigneten Weg wählen würde, war von RA. St. nicht vorauszusehen.

(RG., IV. ZivSen., Beschl. v. 10. Dez. 1936, IV B 61/36.) [L.]

*

9. § 253 ZPO.; §§ 398 ff. BGB. **Es ist daran festzuhalten, daß grundsätzlich nur der Inhaber eines Rechts dieses geltend machen kann, also niemand ohne Rechtsübertragung eine andere Person ermächtigen kann, in eigenem Namen das fremde Recht geltend zu machen.**

Das BG. verkennt nicht, daß nach den Bestimmungen der RVO. die Ansprüche des Kl. aus dem Unfall auf Schadensersatz auf die Berufsgenossenschaft insoweit übergegangen sind, als sie dem Kl. auf Grund der Unfallversicherung Leistungen gewährt und noch zu gewähren hat. Gleichwohl nimmt es an, daß der Kl. auf Grund der Ermächtigung der Berufsgenossenschaft im eigenen Namen auch diese übergegangenen Rechtsansprüche geltend machen könne. An der Abweisung wegen Fehlens der Sachberechtigung des Kl. hätten nämlich weder die Bekl. ein berechtigtes Interesse, noch sei sie unter Gesichtspunkten, die vom Einzelfalle absähen, wünschenswert. Denn „die Verneinung der Wirksamkeit der Ermächtigung zur Geltendmachung der übergegangenen Schadensersatzansprüche würde dazu führen, daß mit der Erhebung einer weiteren Schadensersatzklage zu rechnen sei, wenn die Ersatzpflicht entweder bejaht oder aus Gründen verneint werden würde, deren Richtigkeit in dem neuen Rechtsstreit in Abrede gestellt werden würde. Die Beachtung der Rüge der fehlenden Sachbefugnis des Kl. würde also zu einer unzweckmäßigen Mehrbelastung von Staatsorganen führen, die überflüssig sei und Kosten verursache".

Diesen Ausführungen kann nicht beigepflichtet werden. Es ist daran festzuhalten, daß grundsätzlich nur der Inhaber eines Rechts dieses geltend machen kann, also niemand ohne Rechtsübertragung eine andere Person ermächtigen kann, im eigenen Namen das fremde Recht geltend zu machen (§ 253 ZPO.). Ausnahmen von diesem Grundsatz sind nur dann anzuerkennen, wenn ein rechtsschutzwürdiges Interesse des als Kl. auftretenden Ermächtigten an der gerichtlichen Geltendmachung des Rechtes besteht, so z. B., wenn sich der Kl. bei der eingeklagten Forderung dem Zessionar gegenüber verpflichtet hatte, die abgetretene Forderung im eigenen Namen geltend zu machen, oder in anderen ähnlich gelagerten Fällen, bei denen die Verfolgung des Anspruchs durch den bisher Berechtigten in eigenem Namen sachgemäß war, weil er sich z. B. gegenüber einem Käufer verpflichtet hatte, Belastungen der Kaufsache oder entgegenstehende Rechte zu beseitigen (vgl. RGZ. 91, 390 ff.). Nichts Derartiges liegt hier vor. Wenn gar der Kl. unter Berufung auf das eigene Unvermögen zur Tragung der Kosten für die BerInst. das Armenrecht auch für die Ansprüche nachgesucht hat, die nicht ihm, sondern der BerGen. zustehen, so kann das nicht gebilligt werden.

(RG., III. ZivSen., Urt. v. 15. Sept. 1936; III 350/35.) [v. B.]

10. §§ 515 Abs. 3, 566 ZPO. Ein vor Rücknahme der Revision zwischen den Parteien geschlossener Vergleich vermag prozessual nichts an dem Verlust des Rechtsmittels und der Verpflichtung zur Kostentragung zu ändern. Eine Anfechtung der Rücknahmeerklärung etwa wegen Irrtums ist grundsätzlich nicht zulässig. Die die Rücknahme des Rechtsmittels erklärende Partei muß ihre etwaigen Schadensersatzansprüche wegen Vertragsverletzung in einem besonderen Rechtsstreit verfolgen.

Die Bekl. haben gegen das Urt. des KG. Rev. eingelegt. Danach haben sie angezeigt, daß die Parteien sich verglichen hätten und daß sie in Ausführung des Vergleichs die Rev. zurücknähmen. Dieser Schriftsatz ist der Kl. zugestellt worden. Im Verhandlungstermin hat die Kl. daraufhin beantragt, die Bekl. des Rechtsmittels für verlustig zu erklären und ihnen die Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen. Den Abschluß eines Vergleichs hat sie bestritten. Die Bekl. haben dem Antrage der Kl. widersprochen und geltend gemacht, es sei ein Vergleich des Inhalts zustande gekommen, daß sämtliche noch laufenden Prozesse sofort abzubrechen seien mit der Maßgabe, daß der jeweilige Kl. die entstandenen Kosten trage.

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Zurücknahme der Rev. dem Inhalte des von den Bekl. mitgeteilten, von der Kl. bestrittenen Vergleichs entsprach. Es mag sein, daß ohne Streit über dessen Abschluß die Kl. auch keine prozessualen Folgerungen aus der Zurücknahme gezogen haben würde. Jedenfalls haben die Bekl. nicht versucht, ihre Rücknahmeerklärung etwa wegen Irrtums anzufechten. Solche Anfechtung wird auch in der Rspr. des RG. grundsätzlich nicht für zulässig erachtet (vgl. RGZ. 81, 177 = JW. 1913, 437; RGZ. 105, 310 und 355), vornehmlich deswegen, weil ein Schwebezustand bis zur Feststellung der Rechtswirksamkeit der Anfechtung im öffentlichen Interesse mit einem geordneten Prozeßgange nicht vereinbar wäre. Ob eine Ausnahme für den Fall eines ganz offensichtlichen, auch für den Gegner ohne weiteres erkennbaren Versehens (RGZ. 81, 178/179 = JW. 1913, 437) anzuerkennen wäre, braucht hier nicht entschieden zu werden; denn ein solcher Fall liegt gleichfalls nicht vor. Waren die Parteien über den Vergleichsschluß und über die Kostentragung einig, so mochte in der Tat praktisch der Prozeß auch durch Zurücknahme der Rev. abgebrochen werden. Rechtlich aber vermag, wie der Senat mit RG.: JW. 1904, 365 [29] (entgegen JW. 1902, 185 [19]) annimmt, weder der materiellrechtliche Inhalt des Vergleichs noch der Streit über sein Zustandekommen etwas zu ändern an der prozessualen Folge der Revisionszurücknahme. Diese bringt nach §§ 566, 515 Abs. 3 ZPO. den Verlust des Rechtsmittels und die Verpflichtung zur Kostentragung ohne weiteres mit sich. Und es kann auch nicht von Belang sein, ob die Kl. sich etwa (wie dies in RGZ. 102, 217 = JW. 1921, 1244 für zulässig erklärt wird) vertraglich zu einem prozessualen Verhalten, hier zur Unterlassung des Antrags auf das jene Folge aussprechende Urteil vertraglich verpflichtet hat, wie die Bekl. behaupten, die Kl. aber bestreitet. Denn daß die Zurücknahme der Rev. mit Rücksicht auf den materiellen Inhalt des Vergleichs andere Folgen haben sollte als die Prozeßordnung sie vorschreibt, ist prozessual nicht möglich. Es käme in Wahrheit darauf hinaus, daß die Zurücknahme der Rev. ihrer Rechtswirksamkeit entkleidet würde, als wäre sie wirksam angefochten worden. Entgegen solcher für einen geordneten Prozeßgang unerträglichen Verquickung des materiellen Rechts mit dem Prozeßrecht muß es bei der in § 515 Abs. 3 ZPO. vorgeschriebenen Folge der Zurücknahme des Rechtsmittels bleiben, so daß dem Antrage der Kl. zu entsprechen war. Schadensersatzansprüche wegen Vertragsverletzung müßten die Bekl. gegebenenfalls in einem besonderen Rechtsstreit geltend machen.

(RG., I. ZivSen., Urt. v. 7. Nov. 1936; I 300/35.) [W. R.]

<= RGZ. 152, 324.>

*

11. § 519 ZPO. Erfordernisse der Berufungsbegründung. — Hat die Vorinstanz die mehreren Klageansprüche nicht aus einem einheitlichen Grunde abgewiesen, so muß die Berufungsbegründung auf jede der einzelnen Begründungen eingehen. Der Satz: „Zur weiteren Begründung wird im übrigen das gesamte erstinstanzliche Vorbringen und Beweisanerbieten wiederholt", kann eine sonst fehlende Berufungsbegründung für einen der mehreren Klageansprüche nicht ersetzen.

Das BG. hat die Berufung der Kl. für unzulässig erklärt, soweit sie die Ziff. II des Klageantrags betraf, das waren die Ansprüche auf Auskunfterteilung über den Umfang der behaupteten Verletzung des Warenzeichens der Kl., der Anspruch auf Widerruf der von der Kl. beanstandeten Werbung und der Anspruch auf Feststellung der Schadensersatzpflicht der Bekl. Das BG. hat dazu ausgeführt, die Kl. habe innerhalb der Berufungsbegründungsfrist einen bestimmten Berufungsantrag nicht gestellt. Die BerBegr. enthalte, selbst wenn man davon ausgehe, daß beabsichtigt gewesen sei, die Berufung in vollem Umfang einzulegen, keine Begründung der in Ziff. II des Klageantrags erhobenen Ansprüche. Die Rev. sieht in der Verwerfung der Berufung hinsichtlich dieser Ansprüche eine Verletzung des § 519 ZPO. Sie meint, ein förmlicher Berufungsantrag sei allerdings nicht gestellt gewesen. Auf Seite 12 der BerBegr. sei aber gesagt worden, durch die Darlegungen der BerKl. sei die Grundlage des LGUrt. erschüttert „und der Klage sowie der Berufung stattzugeben"; damit sei hinreichend zum Ausdruck gekommen, daß die Änderung des LGUrteils in vollem Umfang des Klageantrags verlangt werde. Die BerBegr. habe wohl das Schwergewicht auf die Widerlegung der Ausführungen des LG. gelegt, daß eine rechtswidrige auch nur den Unterlassungsanspruch begründende Handlungsweise der Bekl. nicht gegeben sei. Dieser Standpunkt habe zunächst als unrichtig gekennzeichnet werden müssen. Denn, so fährt die Rev. fort, „wurde ein rechtswidriges Handeln anerkannt, und wurde die Voraussetzung auch der Wiederholungsgefahr bejaht, dann ergab sich, daß ein Eingriff in die Rechte der Kl. i. S. des § 14 WZG. vorlag, und es waren besondere Ausführungen neben den schon in erster Instanz gemachten, auf die unter IV der BerBegr. verwiesen wurde, zunächst nicht nötig. Wenn also in dem Schriftsatz gesagt war, daß das Ziel der Ausführungen sei, daß der Klage stattgegeben werden müsse, so war damit auch zum Ausdruck gebracht, daß eben der Klageantrag aufrechterhalten werde".

Diesen Darlegungen konnte der Senat nicht beitreten. Nach der Rspr. des RG. zu § 519 ZPO. verlangt zwar diese Vorschrift keinen förmlichen Berufungsantrag. Es genügt, wenn die Erklärungen des BerKl. mit Sicherheit erkennen lassen, inwieweit das Urteil angefochten wird und welche Änderungen erstrebt werden. Das Gesetz zur Änderung des Verfahrens in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten v. 27. Okt. 1933 hat keinen Anlaß gegeben, von der früheren Rspr. zu dieser Frage abzugehen (RGZ. 145, 38 = JW. 1934, 2772 [12]; Urt. v. 24. Jan. 1935 = JW. 1935, 1026 [15]; RArbG. 15, 74). Voraussetzung einer zulässigen Berufung bleibt aber immer, daß sich aus den Darlegungen des Berufungsführers einwandfrei ergibt, in welchem Umfang eine Änderung des angefochtenen Urteils verlangt wird. Die Kl. hatte in Ziff. I des Klageantrags die Verurteilung der Bekl. zur Unterlassung der weiteren Verbreitung der Werbedruckschrift Nr. 15 und des weiteren Gebrauches der Bezeichnung „Thanalith" beantragt. Insoweit handelte es sich um einen auf § 12 WZG. und § 1004 BGB. gestützten Unterlassungsanspruch, dessen Erfolg davon abhängig war, ob neben der behaupteten tatsächlichen Verletzung des Warenzeichens der Kl. die Besorgnis seiner weiteren Beeinträchtigung durch die Bekl., die Wiederholungsgefahr, festgestellt wurde.

Die weiteren in Ziff. II des Klageantrags zusammengefaßten Ansprüche der Kl. waren auf Verurteilung der Bekl. zur Auskunft darüber gerichtet, in welchem Umfang die Bekl. das Warenzeichen der Kl. in der behaupteten Weise verletzt habe — Antrag Ziff. II [1] — ferner auf Verurteilung der Bekl. zum Wi-

derruf des namentlich in der Verbreitung der Druckschrift Nr. 15 gefundenen unbefugten Gebrauchs des Wortzeichens „Thanalith“ — Antrag Ziff. II[2] — und auf Feststellung der Verpflichtung der Bekl. zum Ersatz des Schadens, der der Kl. durch die Verletzung ihres Zeichenrechtes entstanden sei und noch entstehe — Antrag Ziff. II[3] —. Dieser Feststellungsanspruch hatte neben der tatsächlichen Verletzung des Warenzeichens der Kl. mindestens grobe Fahrlässigkeit der Verletzerin zur Voraussetzung (§ 14 WZG.). Seine Grundlage war also jedenfalls insoweit von der des Unterlassungsanspruchs verschieden; er war auch nicht von dem Unterlassungsanspruch abhängig. Ebensowenig war es der Anspruch auf Widerruf. Dieser Anspruch ist zwar in der Rspr. des Senats nicht nur als Teil des Schadensersatzanspruchs auf der Grundlage des § 249 BGB. zugelassen, sondern auch bei nur objektiver Rechtsverletzung als selbständiger negatorischer Beseitigungsanspruch auf der Grundlage des § 1004 BGB. (RGZ. 148, 114 = JW. 1935, 2723[8] m. Anm.). Aber auch wenn er so begründet wird, steht er gleichwertig neben einem Unterlassungsanspruch.

Der Satz der BerBegr., in dem nach Meinung der Rev. zum Ausdruck gebracht ist, daß das Urteil des LG. in seinem ganzen Umfang angegriffen werden sollte, lautet wörtlich:

„Mit der Bejahung des Vorliegens einer Wiederholungsgefahr ist aber die Grundlage des LGUrteils erschüttert und der Klage sowie der Berufung stattzugeben.“ Die Ansicht des BG., daß darin ein auch die Klageansprüche unter II umfassender Berufungsantrag nicht gefunden werden könne, kann sich zunächst auf die Einleitung des Satzes stützen. Die Worte „mit der Bejahung der Wiederholungsgefahr“ wiesen eindeutig auf den in Ziff. I des Klageantrags gestellten Unterlassungsantrag hin und konnten auch *nur auf ihn* Bezug haben, weil weder der Schadensersatzanspruch noch der Anspruch auf Widerruf und der die Schadensberechnung sichernde Auskunftsanspruch mit der Wiederholungsgefahr etwas zu tun haben. Aber auch der Zusammenhang, in dem der Satz steht, rechtfertigt die Auffassung des BG. Der fragliche Teil (Ziff. II) der BerBegr. war eingeleitet mit den Worten: „Die Beurteilung der Frage des Vorliegens der Wiederholungsgefahr durch das LG. ist insofern unbefriedigend, als es hierbei die Rspr. des RG. zu dieser Frage nicht genügend berücksichtigt.“ Die folgenden Darlegungen der BerBegr. beschäftigen sich ausschließlich mit dieser Rspr. und suchen nachzuweisen, daß ihr das LG. nicht gefolgt sei; in Verbindung damit wird die Beweiswürdigung des LG. angegriffen, die die Frage der Wiederholungsgefahr betrifft. Wenn dann der Berufungsführer in dem oben wiedergegebenen Schlußsatz dieser Ausführungen seine Meinung dahin zusammenfaßt, daß die Begründung des LGUrteils erschüttert sei *mit* der Bejahung der Wiederholungsgefahr in seinem Sinne, so ergibt auch der Zusammenhang keine Möglichkeit einer Beurteilung i. S. der Rev.

Das BU. hat aber wenigstens hilfsweise den der Kl. günstigen Standpunkt hinsichtlich eines auch die weiteren Klageansprüche umfassenden Berufungsantrages vertreten, ist aber trotzdem zur Verneinung der Zulässigkeit der Berufung gekommen, weil es auf jeden Fall an einer dem § 519 Abs. 3 Ziff. 2 ZPO. entsprechenden BerBegr. hinsichtlich dieser Anträge fehle. Auch darin ist dem BG. beizupflichten. Seit der Neufassung durch das Ges. v. 27. Okt. 1933 verlangt § 519 Abs. 3 Ziff. 2 ZPO. die bestimmte Bezeichnung der im einzelnen anzuführenden Gründe der Anfechtung (Berufungsgründe) sowie der neuen Tatsachen, Beweismittel und Beweiseinreden, die die Partei zur Rechtfertigung ihrer Berufung anzuführen hat. Es genügt nicht mehr ein Hinweis auf das Vorbringen der Partei in der Vorinstanz und die Berufung auf die dort vorgetragene Begründung der Ansprüche. Es wird vielmehr verlangt, daß der BerKl. sich mit der Begründung des angefochtenen Urteils auseinandersetzt, soweit er sie bekämpfen will. Hat die Vorinstanz die erhobenen (mehreren) Ansprüche nicht aus einem einheitlichen Grunde abgewiesen, sondern die einzelnen Ansprüche aus besonderen tatsächlichen oder rechtlichen Erwägungen für unbegründet erklärt, so ist der BerKl. gezwungen, auf jede der einzelnen Begründungen einzugehen, wenn er die abgewiesenen Ansprüche in der BerInst. weiter verfolgen will (RGZ. 144, 6 = JW. 1934, 1782[5]).

Die Rev. kann sich deshalb nicht mit Erfolg darauf berufen, daß in der BerBegr. gesagt war: „Zur weiteren Begründung der Berufung wird im übrigen das gesamte erstinstanzliche Vorbringen und Beweisanerbieten wiederholt“; denn damit konnte eine sonst fehlende BerBegr. für einen der mehreren Klageanträge auf keinen Fall ersetzt werden. Die gesamten übrigen Darlegungen der BerBegr. beschäftigten sich aber ausschließlich mit der nach Meinung der Berufung in der ersten Instanz behandelten und beurteilten Frage der Wiederholungsgefahr, also mit einem Gesichtspunkte, der für den in Ziff. I des Klageantrags erhobenen Unterlassungsanspruch und *für ihn allein* in Betracht kam. Die BerBegr. geht zwar aus von einem Satze am Schlusse der Ziff. 2 der Gründe des LGUrteils, die die in Ziff. II des Klageantrags zusammengefaßten („weiteren“) Anträge auf Schadensersatz, Widerruf und Auskunft behandeln. Allein dieser Satz „In Anbetracht der Erbitterung, mit der die Parteien sich in zahlreichen Rechtsstreitigkeiten bekämpfen, hat das Gericht den Eindruck gewonnen, daß die vorl. Klage mehr dazu dienen soll, dem Gegner zu schaden als ein Recht zu verteidigen“ ist schon seinem Inhalte nach eine allgemeine Bemerkung des Gerichts zu dem *ganzen* Rechtsstreit, nicht etwa ein Teil der Begründung der Abweisung des im LGUrt. zuletzt behandelten Schadensersatzanspruchs, die schon abgeschlossen war mit der Feststellung, daß der Kl. ein Schaden nicht entstanden sein könne, und daß die Kl. auch eine schlüssige Begründung des Schadensersatzanspruchs nicht zu geben vermocht habe.

Die Möglichkeit, die Erwähnung der oben wiedergegebenen allgemeinen Bemerkung des LG. in der BerBegr. auch auf die Ansprüche in Ziff. II des Klageantrags zu beziehen, wird beseitigt durch den dieser Erwähnung in der BerBegr. folgenden Satz:

„Das LG. hätte niemals diesen Eindruck gewonnen und die Klage aus einem formellen Grunde, nämlich mangels Vorliegens einer Wiederholungsgefahr abgewiesen, wenn es ...“. Denn es werden dann drei angebliche Fehler des LG. gerügt, die es zu der nach Ansicht der BerKl. unrichtigen Beurteilung der Frage der Wiederholungsgefahr geführt haben, und die weiteren Ausführungen der BerBegr. dienen ausschließlich dem Nachweis der behaupteten Unrichtigkeit der Stellung des LG. zur Wiederholungsgefahr in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht. Die Ansprüche der Kl. in Ziff. II des Klageantrags werden in diesen Darlegungen weder erwähnt noch auch nur gestreift.

Dazu kommt noch, daß das LG. den nach seiner Meinung auf § 14 WZG. gegründeten Anspruch auf Widerruf „von vornherein“ deshalb abgewiesen hatte, weil nicht einzusehen sei, wie das beanstandete Verhalten der Bekl. sollte „widerrufen“ werden können. Den Anspruch auf Schadensersatz und den die künftige Schadensberechnung vorbereitenden Anspruch auf Auskunfterteilung hatte es mit der Erwägung für unbegründet erklärt, die Bekl. habe Jahre hindurch auf Grund des Vertrages zwischen der Kl. und der Nebenintervenientin als Abnehmerin der Waren der Nebenintervenientin die der Kl. geschützte Warenbezeichnung „Thanalith“ benutzen dürfen und sogar benutzen müssen. Der Bekl. habe deshalb auf alle Fälle vom Zeitpunkt des Wegfalls des Rechtes der Nebenintervenientin zum Gebrauch des Warenzeichens an noch eine nicht zu kurz zu bemessende Übergangszeit zugebilligt werden müssen, um ihr die Umstellung ihres Geschäftsbetriebs auf die Änderung der Verhältnisse zu ermöglichen. Es sei auch nicht einzusehen, wie der Kl. (plötzlich) dadurch ein Schaden entstanden sein könne, daß die Bekl. das Wort „Thanalith“ noch einige Monate weiter benutzt habe. Die Kl. habe auch keinen Schaden darzutun vermocht. Die Begründung der Abweisung der Klageansprüche unter Ziff. II des Klageantrages stand hiernach in keiner Beziehung zum ersten Teil der Gründe des LGUrteils, in dem die Abweisung der Unterlassungsklage mit dem Mangel des Vorliegens einer Wiederholungsgefahr begründet war. Die die Abweisung der weiteren Klageansprüche tragenden Erwägungen des LG. waren völlig selbständig. Auf sie ist aber die BerBegr. auch nicht andeutungsweise eingegangen. Das Fehlen jeder BerBegr. für die Klageansprüche unter Ziff. II des Klageantrages verbietet auch die von der Rev. verlangte weite Auslegung des oben wieder-

gegebenen Satzes der BerBegr. i. S. eines Berufungsantrages auch hinsichtlich der Ansprüche der Kl. auf Schadensersatz, Widerruf und Auskunfterteilung.

(RG., II. ZivSen., U. v. 17. Nov. 1936, II 137/36.) [K.]

*

12. §§ 529 Abs. 2, 523, 264 ZPO. **Auf eine Klageänderung bezieht sich die Vorschrift des § 529 Abs. 2 ZPO. nicht, ihre Zulassung bestimmt sich vielmehr auch für den zweiten Rechtszug nach § 264 ZPO.**

Die Aufhebung des BU. gebot sich schon aus dem Grunde, weil das OLG. ein sachliches Eingehen auf das Vorbringen der Kl. im zweiten Rechtszuge, daß ihr aus eigenem Rechte ein Schadensersatzanspruch gegen den Bekl. zustehe, unter Hinweis auf die Bestimmung des § 529 Abs. 2 ZPO. abgelehnt hat. Gegenüber der Klagebegründung im ersten Rechtszuge, die sich lediglich auf die der Kl. von der Witwe W. abgetretenen Rechte stützte, stellt die Geltendmachung eines aus eigenem Rechte entstandenen Anspruchs eine Klageänderung dar (RGZ. 77, 141 = JW. 1912, 34; RGZ. 120, 189 = JW. 1928, 1143). Auf eine Klageänderung bezieht sich aber die Vorschrift des § 529 Abs. 2 ZPO. nicht, ihre Zulassung bestimmt sich vielmehr, nach Wegfall des früheren § 527 ZPO., jetzt gem. § 523 daselbst nur noch nach der für den ersten Rechtszug geltenden Bestimmung des § 264 daselbst. Hiernach ist die Klageänderung zuzulassen, wenn der Bekl. einwilligt. Nach § 269 daselbst gilt für die Einwilligung eine unwiderlegliche Vermutung, wenn der Bekl. sich, ohne der Änderung zu widersprechen, in einer mündlichen Verhandlung auf die abgeänderte Klage eingelassen hat. Das ist aber hier nach dem Tatbestande des BU. der Fall. Eine Zurückweisung der den abgeänderten Klageanspruch tragenden Angriffs-, Verteidigungs- und Beweismittel ist erst statthaft, wenn Prozeßverschleppung oder grobe Nachlässigkeit nach der Klageänderung eintritt, nicht schon wegen verspäteter Erhebung des abgeänderten Anspruchs (vgl. V 427/35 v. 17. Mai 1935: HöchstRRspr. 1935 Nr. 1536 = JW. 1935, 2559[7] [m. Anm.]).

(RG., V. ZivSen., U. v. 6. Nov. 1936, V 235/35.)

*

13. §§ 578 ff., 580 Nr. 4 ZPO. **Rechtliche Natur des Vergleichs.**

1. Während das Urteil einen autoritativen Akt der Staatsbehörde, getätigt durch das von ihr zur endgültigen Schlichtung von Rechtsstreitigkeiten eingesetzte staatliche Organ, darstellt, hat der Vergleich die Natur eines bloßen Privatvertrags (RGZ. 78, 287 = JW. 1912, 285).

2. Für die Anwendung der Wiederaufnahme des Verfahrens (insbes. die Restitutionsklage) ist es gleichgültig, in welcher Weise die förmliche Rechtskraft des das Verfahren abschließenden Endurteils eingetreten ist. — Gleichviel in welcher Form das Wiederaufnahmebegehren erhoben wird, jedenfalls müssen, wenn die Anfechtung oder der Widerruf einer verfahrensrechtlichen, die förmliche Rechtskraft des Endurteils begründenden Erklärung den damit erstrebten Erfolg erzielen soll, grundsätzlich die gesetzlichen Voraussetzungen der Wiederaufnahme des Verfahrens gegeben sein.

3. In den Fällen, in denen die Partei gegen das rechtskräftige Urteil mit der Restitutionsklage vorgehen kann — insbes. im Falle des § 580 Nr. 4 ZPO. —, ist schon im anhängigen Rechtsstreit ein Widerruf auch der bindenden Erklärungen — insbes. der Berufungszurücknahme — zulässig.†)

1. Wenn auch angenommen werden kann, daß das Prozeßgericht im Ehestreit auf die Parteien im Sinne eines Vergleichsabschlusses eingewirkt hat und dabei von der Nichtbeweisbarkeit des dem Bekl. vorgeworfenen Ehebruchs ausgegangen sein wird, so ist doch zu beachten, daß die Mitwirkung des Gerichts sich auf die bloße Entgegennahme und Beurkundung des Vergleichs beschränkt, diesem aber keine Stärkung des Inhalts gibt. Während das Urteil einen „autoritativen Akt der Staatsbehörde, getätigt durch das von ihr zur endgültigen Schlichtung von Rechtsstreitigkeiten eingesetzte staatliche Organ", darstellt, hat der Vergleich die Natur eines bloßen Privatvertrags (RGZ. 78, 286 = JW. 1912, 285). Ob ein Vergleich zustande kommt, hängt nur von dem Willen der Prozeßparteien ab; infolgedessen können auch nur Willensmängel in der Person der Vergleichschließenden die Wirksamkeit des Vergleichs beeinflussen.

2. Es trifft zu, daß es für die Anwendung der Wiederaufnahme des Verfahrens (insbes. die Restitutionsklage) gleichgültig ist, in welcher Weise die förmliche Rechtskraft des das Verfahren abschließenden Endurteils eingetreten ist. Wenn dies, wie im vorl. Fall, geschehen ist durch förmliche Zurücknahme eines schon eingelegt gewesenen Rechtsmittels, sind die Vorschriften der §§ 578 ff. ZPO. in gleicher Weise anwendbar wie im Falle des Rechtskräftigwerdens des Endurteils infolge Nichteinlegung eines Rechtsmittels. In beiden Fällen ist das Ziel der Wiederaufnahme auf die Beseitigung des rechtskräftig gewordenen Endurteils gerichtet. Daß die hierauf abzielende verfahrensrechtliche Erklärung in die Form einer Anfechtung oder eines Widerrufs der Zurücknahme eines Rechtsmittels gekleidet wird, begründet sachlich keinen Unterschied. Die gesetzlichen Voraussetzungen der Wiederaufnahme bleiben trotzdem dieselben. Gleichviel in welcher Form das Wiederaufnahmebegehren erhoben wird, jedenfalls müssen, soll die Anfechtung oder der Widerruf einer verfahrensrechtlichen, die förmliche Rechtskraft des Endurteils begründenden Erklärung den damit erstrebten Erfolg erzielen, grundsätzlich die gesetzlichen Voraussetzungen der Wiederaufnahme des Verfahrens (§§ 578 ff. ZPO.) gegeben sein. Ob und inwieweit freilich ein Rechtsschutzinteresse an der Erhebung einer jenes Ziel verfolgenden **neuen** Klage — statt der Geltendmachung der Anfechtung oder des Widerrufs der verfahrensrechtlichen Erklärung (Rechtsmittelzurücknahme) im Rahmen des alten durch die förmliche Rechtskraft abgeschlossenen Rechtsstreits — als bestehend anerkannt werden könnte (vgl. hierüber RGZ. 65, 420 = JW. 1907, 311; RGZ. 78, 289 = JW. 1912, 285; RGZ. 106, 314; 119, 30 = JW. 1928, 406), ist eine Frage für sich, die aber hier nicht geprüft zu werden braucht, sofern es an den Voraussetzungen gebricht, unter denen das Ziel einer Wiederaufnahme des Verfahrens erfolgreich verfolgt werden kann.

Dies hat der Vorderrichter hier angenommen, weil § 581 Abs. 1 ZPO. nicht erfüllt sei. Seiner Auffassung ist im Ergebnis beizutreten. In einer zum Abdruck bestimmten Entsch. vom 19. März 1936, IV 290/35 = JW. 1936, 1907[15] m. Anm. hat der 4. ZivSen. des RG. ausgesprochen, daß in den Fällen, wo die Partei gegen das rechtskräftige Urteil mit der Restitutionsklage vorgehen könnte, insbes. im Falle des § 580 Nr. 4 ZPO., schon im anhängigen Rechtsstreite ein Widerruf auch der bindenden Erklärungen, insbes. der Berufungszurücknahme, zulässig sei. Dieser Meinung ist beizutreten. Ein Beleg für ihre Richtigkeit findet sich in der Vorschrift des § 582 ZPO., woraus sich ergibt, daß die Partei in der Regel den Restitutionsgrund schon im anhängigen Rechtsstreit geltend machen muß, und daß sie die Möglichkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens verliert, wenn sie dies schuldhaft unterläßt. Das Gesetz berechtigt und verpflichtet also die Partei, das Vorliegen einer strafbaren Handlung möglichst schon im anhängigen Rechtsstreit geltend zu machen und damit das Zustandekommen eines ihr ungünstigen Urteils zu verhindern. Wenn nun das auf der strafbaren Handlung beruhende Urteil durch die Zurücknahme des dagegen eingelegten Rechtsmittels rechtskräftig geworden ist, so muß zur Beseitigung des hierdurch geschaffenen, der Fortsetzung des damit abgeschlossenen Prozesses entgegenstehenden Formhindernisses der Widerruf der Zurücknahmeerklärung schon im anhängigen Prozesse ebenso und unter denselben Voraussetzungen zulässig sein wie die förmliche Erhebung einer

Restitutionsklage. Darüber hinaus hat aber der 4. ZivSen. ausgesprochen, daß zum Widerruf der Berufungszurücknahme im anhängigen Prozesse und zu dem Zwecke, seine Fortsetzung zu ermöglichen, in den Fällen des § 580 Nr. 3 und 4 ZPO. nicht die vorgängige strafgerichtliche Verurteilung des Täters erfordert werden könne. Denn den Wiederaufnahmegrund i. S. von § 582 ZPO. bildeten in den Fällen des § 580 Nr. 1 bis 5 ZPO. die dort bezeichneten strafbaren Handlungen, nicht die rechtskräftige Verurteilung. Die rechtskräftige Verurteilung sei nur eine Zulässigkeitsvoraussetzung für die förmliche Restitutionsklage. Hier ist aber die Verfahrenslage wesentlich anders als in dem vom 4. ZivSen. entschiedenen Streitfalle; denn die Kl. hat den Widerruf der Berufungszurücknahme unter Berufung auf einen Wiederaufnahmegrund nicht in dem Ehestreite erklärt, der durch die (widerrufene) Zurücknahmeerklärung seinen förmlichen Abschluß gefunden hatte, sondern in einem neuen (übrigens nicht unter den Formen der Restitutionsklage anhängig gemachten) Klageverfahren. Unter den hier vorl. Voraussetzungen sind die in IV 290/35 ausgesprochenen Grundsätze nicht anwendbar. Denn das bezeichnete Erkenntnis beruht auf der Erwägung, daß nach dem in der Vorschrift des § 582 ZPO. ausgedrückten Willen des Gesetzgebers die Partei grundsätzlich gehalten sein soll, den Restitutionsgrund, die mit Beziehung auf den Rechtsstreit verübte strafbare Handlung, schon im anhängigen Streitverfahren geltend zu machen. Daraus wird abgeleitet, daß die Partei auch ohne vorgängige strafgerichtliche Verurteilung des Täters das Vorliegen einer der im § 580 Nr. 3 und 4 ZPO. bezeichneten strafbaren Handlungen — im vorl. Fall wird dem Bekl. Prozeßbetrug vorgeworfen — im anhängigen Rechtsstreite geltend machen könne. Es ist aber kein Grund ersichtlich, von dem Erfordernisse der strafgerichtlichen Verurteilung des Täters abzusehen, wenn der Restitutionsgrund nicht im anhängigen Prozesse, mit dem Ziel seiner Fortsetzung geltend gemacht wird, sondern in einem neuen Streitverfahren; und es kann keinen Unterschied begründen, ob dies geschieht mit dem Mittel der Restitutionsklage oder, wie hier, in einem neuen Klageverfahren, in welchem neben anderen Anfechtungs- oder Nichtigkeitsgründen auch Restitutionsgründe i. S. des § 582 ZPO. zu dem Zwecke geltend gemacht werden, die Wirksamkeit einer prozeßrechtlichen Erklärung (Zurücknahme der Berufung) zu beseitigen, um später den durch diese Erklärung beendigten früheren Rechtsstreit fortsetzen und durchführen zu können.

Wollte man in solchen Fällen es der Klagepartei gestatten, nach ihrem Gutdünken von der an bestimmte Voraussetzungen gebundenen Erhebung der Restitutionsklage abzusehen und statt dessen, ungehemmt von derartigen Bindungen, womöglich auch erst nach Ablauf beliebiger Zeit, im Wege des gewöhnlichen Klageverfahrens die Restitutionsgründe geltend zu machen, um damit die eingetretene Rechtskraftwirkung nachträglich wieder zu beseitigen, so würde dies, wie keiner näheren Ausführung bedarf, zu einer — zumal im Eheverfahren (vgl. § 1326 BGB.; Jonas, ZPO., § 629 Bem. IV) — höchst bedenklichen Rechtsunsicherheit führen. Der im bezeichneten Urteile des 4. ZivSen. ausgesprochene Rechtsgrundsatz kann deshalb in dem hier vorl. Falle nicht angewendet werden.

(RG., VII. ZivSen., U. v. 10. Nov. 1936; VII 97/36.) [N.]

Anmerkung: Die Entsch. ist ein interessanter Beitrag zum Recht der Wiederaufnahme.

Die Parteien, deren Ehe vom LG. wegen beiderseitigen Verschuldens geschieden war, hatten in zweiter Instanz den Rechtsstreit dadurch beendet, daß sie auf Grund eines Vergleiches, der u. a. die Sorge für die Person der Kinder regelte, beiderseits ihre Berufungen zurücknahmen.

Die Kl. hat nun geltend gemacht, daß der Vergleich durch Prozeßbetrug seitens des Bekl. — dadurch begangen, daß er einen ihm vorgeworfenen, im Prozeß nicht erwiesenen Ehebruch abgeleugnet habe — zustande gebracht sei. Dabei ist die Kl. den eigentümlichen Weg gegangen, die Rechtsunwirksamkeit des Vergleichs und der Rechtsmittelrücknahme im Wege eines besonderen Prozesses, und zwar einer gewöhnlichen Feststellungsklage, zur Feststellung zu bringen.

I. Zunächst ein Wort zu dem materiellen Tatbestand des Prozeßbetruges, begangen bei einem Vergleich. Aus dem in der Überschrift zu 1 abgedruckten Leitsatz folgert die Entsch. zutreffend, daß eine Restitution nur dann in Frage kommt, wenn bei dem Prozeßgegner als dem Vergleichspartner ein Irrtum erregt ist, nicht aber etwa auch schon dann, wenn nur das Gericht durch die Täuschung dahin beeinflußt ist, daß es dem Prozeßgegner mit Erfolg zum Vergleich zugeredet hat. Zu diesem Punkte ist nichts weiter zu bemerken.

II. Die beiden Fragen, die der vorl. Fall aufwirft, sind folgende:

1. Welcher prozessuale Weg steht dem damaligen Rechtsmittelkläger zu, von dem der Gegner die Rechtsmittelrücknahme erschlichen oder erpreßt hatte?

2. Inwieweit müssen die formellen Voraussetzungen der Restitutionsklage — vorherige strafgerichtliche Verurteilung des Betrügers, § 581 ZPO., und Innehaltung der Fristen des § 586 daselbst — gegeben sein?

Zu 1. Daß derjenige, zu dessen Ungunsten ein Urteil dadurch formell rechtskräftig geworden ist, daß er durch strafbare Handlung (Betrug oder Erpressung) zur Rechtsmittelrücknahme veranlaßt worden ist, die Möglichkeit haben muß, den Mangel geltend zu machen und das Verfahren in irgendeiner Form fortzuführen, kann füglich nicht bezweifelt werden und dürfte auch außer Streit stehen.

Daß die betroffene Partei dieses Ziel nicht im Wege einer gewöhnlichen Feststellungsklage erreichen kann — wie sie es im vorl. Falle versucht hat —, ist in der Entsch. zutreffend dargelegt.

In Frage stehen nur die beiden Wege: Fortsetzung des alten Prozesses mittels Widerrufs der Berufungsrücknahme und Ladung des Gegners zur mündlichen Verhandlung vor dem BG. — oder selbständige Wiederaufnahmeklage, bei der sich dann die Frage ergeben würde, ob sie vor dem Gericht erster oder zweiter Instanz zu erheben wäre.

Die angeführte Vorentscheidung RGZ. 150, 392 = JW. 1936, 1907 läßt den ersteren Weg, die Fortführung des alten Prozesses in der BerInst., zu. Über die Zulässigkeit des zweiten Weges spricht sich die Entsch. nicht näher aus. Die beiläufige Bemerkung, „das Gesetz berechtige und verpflichte die Partei, das Vorliegen einer strafbaren Handlung bereits im anhängigen Rechtsstreit geltend zu machen ...“, legt allerdings die Vermutung nahe, daß die Fortführung des alten Prozesses als der alleinige Weg gedacht ist. Demgegenüber kann man die vorl. Entsch. eigentlich nur dahin verstehen, daß sie den Weg der selbständigen neuen Restitutionsklage ebenfalls gestatte (siehe dazu den Schluß des vorletzten Absatzes: „..., wenn der Restitutionsgrund nicht im anhängigen Prozesse ... geltend gemacht wird, sondern in einem neuen Streitverfahren; und es kann keinen Unterschied begründen, ob dies geschieht mit dem Mittel der Restitutionsklage oder in einem neuen Klageverfahren“).

Ich trage Bedenken, auch diesen zweiten Weg der selbständigen Restitutionsklage zuzulassen. Zunächst scheint mir jedes praktische Bedürfnis dafür zu fehlen. Weiter sehe ich insofern Schwierigkeiten, als nicht klar ist, ob die Restitutionsklage beim Gericht erster oder zweiter Instanz zu erheben wäre, und dazu kommen schließlich noch die gerade in der vorl. Entsch. erörterten Divergenzen hinsichtlich des Erfordernisses der vorherigen strafgerichtlichen Verurteilung usw. (siehe unten zu 2).

Nach § 584 ZPO. würde die Restitutionsklage, weil in der BerInst. infolge der Rechtsmittelrücknahme ein Urteil nicht ergangen ist, bei dem Gericht erster Instanz zu erheben sein. Selbstverständlich kann dieses ebensogut wie das Gericht zweiter Instanz die Frage des Prozeßbetruges oder der Erpressung prüfen und das sog. iudicium rescindens sehr wohl erledigen. Aber damit würde die von der Partei erstrebte sachliche Nachprüfung des erstinstanzlichen Urteils durch das BG. noch nicht eröffnet; es würde zunächst nur der Weg zu einem nochmaligen erstinstanzlichen Urteil mit anschließender erneuter Berufungsmöglichkeit

geschaffen. Dabei ergäbe sich dann die Frage, wie bei Bejahung des Wiederaufnahmegrundes eigentlich „die Hauptsache von neuem verhandelt werden" sollte (§ 590 ZPO.). Man muß sich vergegenwärtigen, daß das erstinstanzliche Verfahren ja vollends in Ordnung war und es der betroffenen Partei gar nicht um eine neue Verhandlung vor dem ersten Richter, sondern nur um eine Nachprüfung des ersten Urteils durch das BG. zu tun ist. Und wollte man etwa auf eine Entsch. abkommen, die sich darauf beschränkte, nur die Rechtskraft des alten Urteils zu beseitigen und die Rechtsmittelfrist von neuem in Lauf zu setzen, so würde das schließlich auf ein der Prozeßordnung völlig fremdes Phantasiegebilde hinauslaufen. Praktisch gesehen, wäre es sicher zweckmäßiger, die Restitutionsklage bei dem BG. zuzulassen — etwa aus der Erwägung: hätte es damals der Rechtsmittelkläger unterlassen, in Erfüllung der Abrede die Berufung zurückzunehmen, so hätte die Berufung eben als unzulässig verworfen werden müssen, und für die Restitutionsklage gegen dieses Urteil wäre dann das BG. das zuständige gewesen. Eine solche Betrachtung schiene mir aber denn doch nicht wohl möglich: wenn § 584 von dem angefochtenen Urteil spricht, kann man schwerlich als solches ein gar nicht ergangenes, fingiertes Urteil einsetzen.

Ich komme danach zu dem Ergebnis, daß im Falle der erschlichenen oder erpreßten Rechtsmittelrücknahme die Fortsetzung des alten Prozesses mittels Widerrufs der Rücknahmeerklärung als der allein gegebene Weg anerkannt werden sollte. Entsprechendes muß bei der erschlichenen oder erpreßten Unterlassung der Rechtsmitteleinlegung gelten. Sachlich liegen beide Fälle völlig gleich. Wenn in dem einen Falle statt der Fortsetzung des alten Rechtsstreits eine selbständige Restitutionsklage zulässig sein sollte, müßte dieser Weg auch in dem anderen Falle offenstehen. Bei unbefangener Betrachtung schien es mir aber ein reichlich sonderbarer Weg, bei unterbliebener Rechtsmitteleinlegung — an Stelle der wiedereinsetzungsartigen nachträglichen Rechtsmitteleinlegung — eine Restitutionsklage vor dem ersten Richter mit dem unmittelbaren Ziele der Wiederaufrollung der ersten Instanz zuzulassen.

Zu 2. Zunächst die Frage, inwieweit bei dem hier praktisch allein in Frage kommenden Wiederaufnahmegrund des § 580 Nr. 4 die vorherige strafgerichtliche Verurteilung notwendig ist. RGZ. 150, 392 verneint dieses Erfordernis für den Fall der Geltendmachung des Wiederaufnahmegrundes im alten Verfahren; die vorl. Entsch. gelangt zur Bejahung im Falle der Geltendmachung im Wege selbständiger Klage. Eine mißliche und schwerlich überzeugend zu begründende Divergenz, aus der ich von meinem Standpunkte aus gerade auch ein weiteres Argument gegen die wahlweise Zulassung beider Wege entnehmen möchte. Läßt man beide Wege zu, so wird man sich mit dieser Unstimmigkeit allerdings wohl abfinden müssen. Auf der einen Seite scheint es mir durchaus einleuchtend, daß man die Fortsetzung eines anhängigen Verfahrens nicht formell von dem Ausgang eines der Einwirkung der Partei entzogenen Strafverfahrens abhängig machen kann, und auf der anderen Seite ginge es ebensowenig an, den § 581 für eine bestimmte kleine Gruppe von Restitutionsklagen einfach als nicht vorhanden zu betrachten.

Es bleibt schließlich noch die Frage, wie es mit den Fristen des § 586 steht. Bei der selbständigen Restitutionsklage — deren Zulässigkeit unterstellt — ergeben sich keinerlei Besonderheiten. Wie aber bei Fortsetzung des alten Verfahrens: bis zu welchem Zeitpunkte kann die Partei die seinerzeitige Rechtsmittelrücknahme widerrufen oder die damals unterbliebene Rechtsmitteleinlegung noch nachholen? Unmittelbar gilt hier der § 586 sicher nicht; wohl aber scheint mir die entsprechende Anwendung sachlich notwendig und unbedenklich. Daß man, während sonst die Geltendmachung von Wiederaufnahmegründen zeitlich beschränkt ist, in den hier in Rede stehenden Sonderfällen zeitlich unbegrenzte Möglichkeiten haben sollte, wird man schwerlich als dem Sinne des Gesetzes entsprechend annehmen können. Man wird sagen müssen: auch im Wege der Fortsetzung eines alten Prozesses können Wiederaufnahmegründe eben nur in den zeitlichen Grenzen geltend gemacht werden, wie sie sonst im Wege der selbständigen Wiederaufnahmeklage geltend gemacht werden könnten — daß in dem einen Falle dieser, im anderen jener prozessuale Weg der gegebene ist, kann die damit in keinerlei sachlichem Zusammenhange stehende Frage der zeitlichen Begrenzung nicht wohl beeinflussen. Das Ergebnis wäre danach, daß die Partei, die seinerzeit das Rechtsmittel zurückgenommen hatte, den Widerruf der Rücknahmeerklärung innerhalb einer einmonatigen Notfrist nach Kenntnis des Anfechtungsgrundes erklären muß und daß mit Ablauf von fünf Jahren nach Rechtskraft des erstinstanzlichen Urteils dieser Weg endgültig abgeschnitten ist. Entsprechend würde der Partei zur Nachholung der seinerzeit unterlassenen Rechtsmitteleinlegung dieselbe Zeitspanne zur Verfügung stehen. Bei der selbständigen Wiederaufnahmeklage wird allgemein und zutreffend angenommen, daß sich in den Fällen der Restitution wegen strafbarer Handlungen die die Notfrist in Lauf setzende Kenntnis nicht nur auf die Tat, sondern auch auf die rechtskräftige Verurteilung des Täters (bzw. auf die die Durchführung des Strafverfahrens unmöglich machenden Umstände) erstrecken muß. Billigt man die entsprechende Anwendung des § 586 hier überhaupt, was mir unabweisbar scheint, so muß selbstverständlich auch dieser Grundsatz hier gelten: die Möglichkeit der Fortsetzung des alten Prozesses ist danach der Partei erst dann endgültig abgeschnitten, wenn er sich einen Monat nach Kenntnis von einer strafgerichtlichen Verurteilung des Gegners nicht gerührt hat.

MinR. Dr. Jonas, Berlin

*

14. § 18 GKG. Das höhere Gericht kann die Streitwertfestsetzung der unteren Instanzen nur im Laufe des Verfahrens ändern, d. h. solange, als die Rechtsstreitigkeit bei ihm in der Rechtsmittelinstanz anhängig ist.

In dem vorl. Rechtsstreit handelt es sich um den Antrag, die Schiedssprüche v. 22. und 23. Juli und 2. Sept. 1935 für vollstreckbar zu erklären. Die Antragsgegnerinnen haben beantragt, die Vollstreckbarkeitserklärung abzulehnen und die Schiedssprüche aufzuheben. Nachdem sie in der BerInst. unterlegen sind, haben sie ihre Anträge mit der Rev. weiter verfolgt, diese jedoch vor ihrer Begründung und vor Zahlung der Prozeßgebühr zurückgenommen.

Dem schiedsgerichtlichen Verfahren lag zugrunde ein Streit über Waggonlieferungen von Kies und Sand, und zwar 27 066 t Kies und 9406 t Sand. Das Schiedsgericht hat in seinem Beschl. v. 22. und 23. Febr. 1935 den Streitwert auf 27 601,31 RM berechnet. Entsprechend hat das LG. ihn in seinem Beschl. v. 24. Dez. 1935 auf 27 600 RM festgesetzt und das OLG. hat die Kosten demgemäß berechnet.

Nach der ständigen Rspr. des beschließenden Senats sind bei Anträgen aus § 1041 ZPO. auf Aufhebung eines Schiedsspruchs die im Schiedsspruch festgesetzten Kosten des Schiedsverfahrens nicht als Nebenforderungen i. S. des § 4 ZPO. zu behandeln, sondern dem Streitwert hinzuzurechnen. Diese Kosten betrugen im vorl. Fall 3470 RM, so daß der Streitwert mit 27 600 RM + 3470 RM = 31 070 RM anzunehmen ist. Auf diesen Betrag ist er für die RevInst. nach § 18 Abs. 1 Satz 1 GKG. festzusetzen. Daraus ergibt sich, daß die Festsetzung des Streitwerts durch den Beschluß des LG. auf 27 600 RM unzutreffend ist und daß das BG. die Kosten unrichtig nach diesem Streitwert berechnet hat. Nach § 18 Abs. 1 Satz 4 GKG. kann die Festsetzung des Streitwertes in den unteren Instanzen von dem Gericht der höheren Instanz im Laufe des Verfahrens auch von Amts wegen geändert werden. Wenn das Gesetz hinsichtlich der Abänderung davon spricht, daß sie getroffen werden kann, so will es damit die Befugnis betonen, aber nicht ihre Ausübung in das freie Ermessen des Gerichts stellen. Wenn das zuständige Gericht eine Abänderung für erforderlich hält, so hat es sie vorzunehmen, zumal an der Festsetzung des Streitwerts in erster Linie die Reichskasse beteiligt ist. Andern kann das höhere Gericht die Festsetzung der unteren Instanzen nur im Laufe des Verfahrens, d. h. solange, als die Rechtsstreitigkeit bei ihm in der Rechtsmittelinstanz an-

hängig ist. Im vorl. Falle war das Verfahren vor dem Senat durch Zustellung des die Rev. zurücknehmenden Schriftsatzes aber schon deshalb nicht beendigt, weil die RevBekl. ein unbedingtes Recht auf den Anspruch behielt, daß die RevKl. durch Urteil des Rechtsmittels für verlustig erklärt und zur Tragung der dadurch entstandenen Kosten verurteilt wurden. Danach hatte die Festsetzung des Streitwerts auf 31 070 *RM* für alle drei Instanzen zu erfolgen.

(RG., VII. ZivSen., Beschl. v. 15. Dez. 1936, VII 242/36.) [Tr.]

Oberlandesgerichte: Zivilsachen

Materielles Recht

15. § 2227 BGB. Ein wichtiger Grund zur Entlassung eines jüdischen Testamentsvollstreckers auf Antrag eines arischen Erben ist regelmäßig bereits darin zu sehen, daß einem deutschen Volksgenossen die Verwaltung seines Erbes durch einen Juden gegen seinen Willen nicht zugemutet werden kann. Sind außer dem Antragsteller noch andere Beteiligte vorhanden, so können in besonderen Einzelfällen deren Interessen die Beibehaltung des Testamentsvollstreckers rechtfertigen.

Die im Jahre 1936 verstorbene Erblasserin hat in einem 1932 errichteten Testament sieben Geschwisterkinder als Erben zu gleichen Teilen eingesetzt und ihren langjährigen Bevollmächtigten, einen Juden, zum Testamentsvollstrecker mit weitgehenden Befugnissen, insbes. dem alleinigen Bestimmungsrecht über eine Verwertung und Teilung des Nachlasses, ernannt. Dieser hat das Amt angenommen. Der Nachlaß besteht in der Hauptsache aus einem Eigentumsanteil an einem großstädtischen Hausgrundstück, das von dem Testamentsvollstrecker verwaltet wird. An den Einkünften des Grundstücksanteils sind nach dem Testament bis zur Teilung nur fünf der Miterben in einem bestimmten Verhältnis beteiligt. Einer der nicht beteiligten Miterben hat die Entlassung des Testamentsvollstreckers gem. § 2227 BGB. beantragt mit dem Hinweis darauf, daß er Nationalsozialist und politischer Leiter sei und deshalb die Verwaltung seines Erbteils durch einen jüdischen Testamentsvollstrecker nicht verantworten könne. Das Nachlaßgericht hat dem Antrage stattgegeben, das LG. ihn auf die sofortige Beschw. des Testamentsvollstreckers zurückgewiesen. Die weitere Beschw. führte zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache.

Zur Begründung seines Standpunktes hat das LG. ausgeführt, als wichtiger Grund zur Entlassung des Testamentsvollstreckers i. S. des § 2227 BGB. seien solche Umstände anzusehen, welche die Besorgnis einer Gefährdung des Nachlasses und damit der Interessen der Nachlaßbeteiligten begründeten. Es genüge auch eine mittelbare Gefährdung, die darauf beruhe, daß besondere bei dem Testamentsvollstrecker bestehende Verhältnisse den Nachlaßbeteiligten berechtigten Anlaß gäben, einen im Interesse der Nachlaßregelung notwendigen geschäftlichen Verkehr mit dem Testamentsvollstrecker abzulehnen. Nur unter diesem Gesichtspunkt könne auch eine Rassenverschiedenheit zwischen Erben und Testamentsvollstrecker einen wichtigen Grund zur Entlassung abgeben. Im vorl. Falle komme aber ein geschäftlicher Verkehr von unzumutbarem Umfang zwischen dem Testamentsvollstrecker und dem Antragsteller nicht in Frage, weil dieser an den Nutzungen des der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Grundstücksanteils nicht beteiligt sei und lediglich die Jahresabrechnung von dem Testamentsvollstrecker erhalte.

Diese Ausführungen entsprechen im wesentlichen der bisherigen Rspr. des Senats und den Grundsätzen, die besonders in dem Beschl. v. 23. Nov. 1933 (DNotZ. 1934, 190; HöchstRRspr. 1934 Nr. 15) zum Ausdruck gekommen sind. Dort hat der Senat die Auffassung abgelehnt, daß ein jüdischer Testamentsvollstrecker auf Antrag eines arischen Erben ohne Rücksicht auf die Lage des Falles zu entlassen sei, und die Beurteilung, ob ein wichtiger Entlassungsgrund vorliege, darauf abgestellt, ob unter besonderer Berücksichtigung des mutmaßlichen Willens des Erblassers auf Grund der aus dem Rassengegensatze entstandenen Spannungen zwischen Testamentsvollstrecker und Erben diesem ein zur ordnungsmäßigen Erfüllung der Aufgabe der Testamentsvollstreckung notwendiger geschäftlicher Verkehr mit dem Testamentsvollstrecker nicht zuzumuten sei.

Diese Betrachtungsweise kann heute im Hinblick auf die inzwischen erfolgte Weiterführung der Rassengesetzgebung nicht mehr genügen.

Durch die erwähnte Gesetzgebung ist die völlige Trennung der Rasse durchgeführt, und die Juden sind aus der deutschen Volksgemeinschaft herausgenommen worden. Der umfassendste Eingriff in dieser Hinsicht beruht auf den sog. Nürnberger Gesetzen v. 15. Sept. 1935, insbes. dem RBürgerG. i. Verb. m. der 1. DurchfVO. dazu v. 14. Nov. 1934 und dem BlutschutzG. Danach ist einem Juden das Reichsbürgerrecht, das sonst grundsätzlich jedem deutschen Volksgenossen zukommt, versagt; ihm steht deshalb kein Stimmrecht in politischen Angelegenheiten zu, und er darf kein öffentliches Amt mehr bekleiden; das Zeigen der Reichsfarben sowie der Reichs- und Nationalflagge ist ihm untersagt, und jede eheliche oder auch nur geschlechtliche Verbindung zwischen deutschen Volksgenossen und Juden ist verboten und mit schwerer Strafe bedroht. Im Einklang hiermit sind die Juden durch zahlreiche weitere Vorschriften von fast allen Tätigkeitsgebieten des deutschen öffentlichen Lebens in weitem Umfange ausgeschlossen worden. Dieser Sachverhalt darf bei der Auslegung des § 2227 BGB., wenn es sich um die Entlassung eines jüdischen Testamentsvollstreckers handelt, nicht unbeachtet bleiben, sondern beansprucht weitgehende Berücksichtigung.

Der Testamentsvollstrecker bekleidet kein öffentliches Amt; er verwaltet vielmehr in rein privatem Auftrage fremdes Vermögen und untersteht, weil ein besonderes öffentliches Interesse an dieser Verwaltung im allgemeinen nicht anerkannt wird, nicht einmal einer behördlichen Aufsicht. Eine unmittelbare Wirkung des RBürgerG. auf das Amt eines jüdischen Testamentsvollstreckers findet deshalb nicht statt. Indessen bedeutet es bei der Stellung, die der Gesetzgeber dem Juden im Verhältnis zur deutschen Volksgemeinschaft zugewiesen hat, eine schwere Belastung für einen deutschen Volksgenossen, wenn er die Verwaltung des ihm zugefallenen Erbteils durch einen jüdischen Testamentsvollstrecker hinnehmen und sich die Durchführung jüdischer, dem völkischen Denken wesensfremder Gedankengänge und Geschäftsauffassungen, die der Gesetzgeber sonst bewußt auszuschalten sucht, an seinem eigenen Vermögen gefallen lassen muß. Unter diesem Gesichtswinkel werden durch einen solchen Zustand auch die Belange der deutschen Allgemeinheit berührt, die dahingehen, dem Volksgenossen eine Abhängigkeit von jüdischen Einflüssen gegen seinen Willen zu ersparen und diese nach Möglichkeit unschädlich zu machen. In verstärktem Maße gilt das alles, wenn der betroffene Erbe, wie im vorl. Falle, der NSDAP. als politischer Leiter angehört, weil gerade der Kampf gegen die Juden und ihren Einfluß von jeher eine der tragenden Ideen der nationalsozialistischen Bewegung bildet.

Auf Grund dieser Erwägungen ist davon auszugehen, daß für einen arischen Erben die ihm aufgezwungene Verwaltung seines Erbteils durch einen jüdischen Testamentsvollstrecker grundsätzlich nicht tragbar ist, und daß ein solches Verhältnis, wenn daran nur der widersprechende Erbe beteiligt ist, ohne weiteres einen wichtigen Grund zur Entlassung des Testamentsvollstreckers i. S. des § 2227 BGB. darstellt.

Dabei kann es nicht maßgebend darauf ankommen, ob ein dem Erben nicht zumutbarer geschäftlicher Verkehr mit dem Testamentsvollstrecker im Interesse der Nachlaßregelung notwendig ist. Ein solches Erfordernis ist in der Rspr. des Senats an den Fällen entwickelt worden, wo das Verlangen nach Entlassung des Testamentsvollstreckers auf eine persönliche Feindschaft zwischen ihm und dem Erben gestützt wird. Hier dagegen liegt der Entlassungsgrund nicht in persönlichen Spannungen zwischen den Beteiligten, sondern in der nach heutiger Anschauung unerwünschten Abhängigkeit eines deutschen Volksgenossen von den Entsch. einer ihm art- und wesensfremden Person.

Auch der zum Ausdruck gekommene oder vermutete Wille

des Erblassers, dem sonst bei der Beurteilung, ob ein Entlassungsgrund gem. § 2227 BGB. vorliegt, nach der Rspr. des Senats (vgl. KGJ. 36, A 73; HöchstRRspr. 1934 Nr. 15) wesentliche Bedeutung zukommt, muß hier — ebenso wie ein eigenes Interesse des Testamentsvollstreckers an der Fortführung des Amtes — mit Rücksicht auf die in Frage stehenden völkischen Belange zurücktreten. Eine vom Erblasser unter bewußter Mißachtung dieser Belange verfügte Einsetzung eines jüdischen Testamentsvollstreckers würde deshalb in dem vorausgesetzten Falle die Anerkennung eines wichtigen Entlassungsgrundes, für dessen Beurteilung der objektive Sachverhalt maßgebend ist, nicht hindern können. Die Vorschrift des § 2227 BGB. bietet so die erwünschte Möglichkeit, die Testierfreiheit des einzelnen den von ihm verkannten oder mißachteten völkischen Notwendigkeiten anzupassen.

Der Grundsatz, daß ein jüdischer Testamentsvollstrecker auf Antrag eines arischen Erben unter Anerkennung eines wichtigen Grundes zu entlassen ist, erleidet aber dann eine Einschränkung, wenn der Antragsteller nicht der einzige Beteiligte ist, insbes. wenn er als Miterbe in einer Rechtsgemeinschaft steht. Wie bei einer Gemeinschaft regelmäßig nicht der Wille des einzelnen, sondern der Gesamtheit entscheidet, so sind bei der Beurteilung des Vorliegens eines wichtigen Entlassungsgrundes auch berechtigte Belange der übrigen Beteiligten an der Beibehaltung des jüdischen Testamentsvollstreckers zu berücksichtigen, sei es, daß sie selbst Nichtarier sind oder daß sonstige Verhältnisse einen anderen als den jüdischen Testamentsvollstrecker im Interesse des Nachlasses und der Erbengemeinschaft als nicht geeignet erscheinen lassen. Diese dem Antragsteller entgegenstehenden Belange der anderen Beteiligten können im Einzelfalle unter Umständen derart überwiegen, daß das an sich berechtigte Verlangen des Antragstellers dahinter zurücktreten muß. Um eine dahingehende Beurteilung zu ermöglichen, bedarf es einer näheren Prüfung der in Frage kommenden tatsächlichen Verhältnisse und einer Abwägung der widerstreitenden Interessen. Im Rahmen dieser Interessenabwägung können auch der Wille des Erblassers und die nach diesem Willen dem Testamentsvollstrecker durch seine Bestellung zugedachten Vorteile angemessene Berücksichtigung finden; hierbei kann es ferner von Bedeutung sein, ob zur sachgemäßen Erfüllung der Aufgaben der Testamentsvollstreckung ein geschäftlicher Verkehr zwischen Erben und Testamentsvollstrecker notwendig, dem Antragsteller aber nicht zuzumuten ist. Gegen die Ausführungen des angefochtenen Beschlusses hierzu bestehen insofern Bedenken, als übersehen ist, daß bei jeder länger dauernden Verwaltung, auch wenn, wie hier, dem Erben eine Mitwirkung dabei versagt ist, sich im Hinblick auf die dem Testamentsvollstrecker obliegende Mitteilungs-, Auskunfts- und Rechnungslegungspflicht (§§ 2218, 666 BGB.) ein Verkehr zwischen Testamentsvollstrecker und Erben nicht vermeiden läßt und sogar die Möglichkeit einer persönlichen Aussprache bei Meinungsverschiedenheiten dringend erwünscht ist (KGJ. 36, A 76). Ein derartiger Verkehr ist aber hier, abgesehen von den rassischen Gesichtspunkten, für den BeschwF. in seiner Eigenschaft als politischer Leiter der NSDAP. noch besonders erschwert, weil die Partei ihn grundsätzlich verbietet.

Die sonstigen als Grundlage für die Interessenabwägung in Betracht kommenden Umstände sind bisher von dem Vorderrichter überhaupt nicht erörtert worden. Dieser wird nunmehr zu prüfen haben, ob auf Grund der gesamten noch zu klärenden Verhältnisse erhebliche schutzwürdige Interessen der anderen Erbbeteiligten, soweit sie der Entlassung widerstreben, an der Beibehaltung des bisherigen Testamentsvollstreckers vorhanden sind und ob diese Interessen durch die Entlassung und die Einsetzung eines geeigneten deutschstämmigen Testamentsvollstreckers in einem Maße beeinträchtigt werden würden, daß bei billiger Abwägung der widerstreitenden Belange unter Berücksichtigung des Willens der Erblasserin, aber auch des Interesses der Allgemeinheit an der Änderung des bestehenden, aus rassischen Gründen unerwünschten Zustandes dem BeschwF. zugemutet werden kann, sich mit der jüdischen Testamentsvollstreckung abzufinden oder, wenn er dazu nicht gewillt ist, seinen Erbteil abzugeben. Dabei wird auch auf die Verhältnisse der an dem Hausgrundstück bestehenden Gemeinschaft und die Folgen einzugehen sein, die eine Entlassung des Testamentsvollstreckers für diese Gemeinschaft und im weiteren Verlaufe möglicherweise auch für die Erbengemeinschaft mit sich bringen würde.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 14. Jan. 1937, 1 Wx 577/36.) [H.]

*

16. Art. 31 WG. **Die bloße Unterschrift des Bürgen auf dem Wechsel gilt auch dann als Verbürgung für den Aussteller, wenn sie unter der Annahmeerklärung des Bezogenen ebenfalls quer geschrieben wurde.** †)

Der Kl. ist Aussteller zweier von ihm am 15. Okt. 1934 auf seinen Darlehensschuldner B. gezogener und von B. akzeptierter Wechsel. Kl. klagt die von ihm an eigene Order ausgestellten und blanko indossierten Wechsel, die zu Protest gingen und die Kl. auf Rückgriff eingelöst hat, gegen den Bekl. im Wechselprozeß ein. Der Bekl. wendet ein, er habe sich nicht für den B., sondern für den Kl. verbürgen wollen. —

Die alte WechselO. kannte die Mitunterzeichnung von Wechselerklärungen als besonderes Rechtsinstitut; sie verhaftete den Mitunterzeichner in derselben Weise, wie derjenige haftete, an dessen Erklärung die Mitunterzeichnung sich anschloß (Art. 81 WechselO.). Diese Wirkung trat auch ein, wenn der Mitunterzeichner sich als Bürge („per aval") bezeichnet hatte. Die Wechselbürgschaft wurde also nicht dem allgemeinen Bürgschaftsrecht, sondern dem Rechtsinstitut der Mitunterzeichnung unterstellt. Weitere Vorschriften über die Wechselbürgschaft enthielt die WechselO. nicht, sondern überließ die Einzelheiten der Praxis.

Das seit 1. April 1934 geltende WG. v. 21. Juni 1933 weicht hiervon ab. Es kennt die Mitunterzeichnung nicht mehr als besonderes, bei allen wechselrechtlichen Erklärungen zulässiges Rechtsinstitut. Dementsprechend trifft es für die Wechselbürgschaft selbständige Vorschriften (Art. 30 ff.). Die Wechselbürgschaft erscheint als eine besondere Art der Wechselerklärung neben Ausstellung, Annahme, Indossament usw. Wie bei diesen ist dabei in erster Linie an eine förmliche Erklärung gedacht, welche unterzeichnet wird. Aber wie bei Annahme und Indossament kann auch bei der Wechselbürgschaft die der Unterschrift vorangehende Erklärung fehlen, wenn die Stellung der Unterschrift auf dem Wechsel ihren Sinn klarstellt. Nach der zwingenden Vorschrift des Art. 31 WG. gilt es als Wechselbürgschaft, wenn ein anderer als der Bezogene oder der Aussteller seinen Namen auf die Vorderseite des Wechsels setzt.

Der Bekl. hat die eingeklagten Wechsel auf der Vorderseite ohne Zusatz unterzeichnet. Er ist weder Bezogener noch Aussteller. Infolgedessen gilt seine Unterschrift als Wechselbürgschaft (Art. 31 Abs. 3 WG.). Dagegen haftet er nicht wie nach altem Recht, weil er die Annahmeerklärung des B. mitunterzeichnet hat; diese Klagebegründung geht fehl.

Aus Wechselbürgschaft kann der Kl. als Aussteller nur dann vorgehen, wenn die Bürgschaft für einen Vormann — den Annehmer B. — eingegangen wurde, so daß B. als Hauptschuldner anzusehen wäre. Ist dagegen die Bürgschaft für den Aussteller, also den Kl., eingegangen, so daß dieser als Hauptschuldner anzusehen ist, so hat der Kl. keinen wechselrechtlichen Anspruch gegen den Bürgen. Dieser für das alte Recht entwickelte Satz gilt unter dem WG. erst recht, da dieses weitergehend als die WechselO. dem Wechselbürgen einen wechselmäßigen Rückgriff gegen den Hauptschuldner einräumt (Art. 32 Abs. 3 WG.); damit wäre ein Anspruch des Hauptschuldners gegen eben diesen Bürgen nicht vereinbar. Es kommt daher darauf an, für wen die Bürgschaft eingegangen ist.

1. Für die Auslegung der Bürgschaftserklärung des Bekl. fragt sich, ob die Stellung seiner Unterschrift auf den Wechseln von Bedeutung ist.

Im Gegensatz zum ersten Richter verneint der Senat, daß die Stellung des Namenszugs auf dem Wechsel für die Auslegung der darin liegenden Bürgschaftserklärung entscheidend ist. Nach Art. 31 Abs. 4 WG. ist in der Bürgschaftserklärung anzugeben, für wen die Bürgschaft übernommen wird; mangels einer solchen Angabe gilt sie für den Aussteller. Für die Frage, ob die Stellung der Unterschrift auf dem Wechsel eine genügende Angabe i. S. des Art. 31 Abs. 4 WG. ist, kann das frühere

deutsche Wechselrecht nicht herangezogen werden. Das WG. v. 21. Juni 1933 beruht auf zwischenstaatlichen Vereinbarungen, deren Ziel ein international einheitliches Wechselrecht ist. Gerade auf dem Gebiet der Wechselbürgschaft weicht das WG. von der WechselO. stark ab. Der vom LG. betonte Gedanke einer volksnahen Gesetzesauslegung kann nicht ausschlaggebend sein für ein Rechtsgebiet, welches international einheitlich gelten soll. Das WG. ist vorwiegend aus sich selbst auszulegen. Das WG. will offensichtlich die Bedeutung einer bloßen Unterschrift auf der Vorderseite des Wechsels eindeutig und bestimmt klarstellen, und zwar dahin, daß sie als Bürgschaft für den Aussteller gelten soll. Bei der Ausarbeitung des Entwurfs einer internationalen WechselO. im Jahre 1930 hatte die Tschechoslowakei beantragt, zu bestimmen, daß die bloße Unterschrift als Bürgschaft für den Annehmer gelte; dieser Antrag wurde abgelehnt und der der Haager einheitlichen WechselO. von 1912 entnommene Text des Entwurfs belassen (Documents Préparatoires C 234 M 83 1929 II S. 57). Der Grund war, daß man durch Zahlung des Bürgen möglichst viele Wechselverpflichtete befreit wissen wollte, ein Annehmer aber nicht immer vorhanden zu sein braucht (Quassowski-Albrecht, S. 199, Art. 31 Anm. II). Da die Angabe des Begünstigten „in der Erklärung" erfolgen muß, ist es nicht zulässig, die Stellung der Unterschrift als eine solche Angabe zu behandeln; man wird davon ausgehen müssen, daß das WG. die Verbürgung für den Aussteller im Zweifel unterstellt und daß Ausnahmen ausdrücklich erklärt werden müssen.

Der Standpunkt des Gesetzes ist berechtigt. Die vom Verkehr geforderte strenge Haftung aus dem Wechsel setzt voraus, daß der Unterzeichner eines Wechsels den Inhalt seiner Erklärung übersehen kann. Der Wechselbürge durch bloße Unterschrift ist in dieser Hinsicht benachteiligt: die Unterschrift selbst gibt ihm keinen Anhalt für die Bedeutung derselben, denn sein Name ist — im Gegensatz zu dem des Annehmenden — auf dem Wechsel nicht erwähnt; ein erläuternder Text, wie der Aussteller ihn unterschreibt, fehlt. Umgekehrt ist das Bedürfnis des Ausstellers auf Schutz des durch seine Unterschrift erweckten Rechtsscheins geringer als das eines späteren Nehmers. Denn der Aussteller steht regelmäßig in persönlichen Beziehungen nicht nur zu dem Bezogenen, sondern auch zu dem Bürgen, so daß es ihm im Regelfalle möglich ist, den wirklichen Willen des Bürgen zu erkennen oder aufzuklären. Es ist daher gerechtfertigt, in der bloßen Unterschrift eine Bürgschaft für den Aussteller auch dann zu sehen, wenn sie quer geschrieben ist und an eine Annahmeerklärung sich anschließt.

2. Im Verhältnis von Wechselzeichnern, die in unmittelbaren Beziehungen zueinander stehen, können für die Auslegung ihrer Erklärungen auch Umstände außerhalb der Wechselurkunde herangezogen werden (RGZ. 50, 12). Die Formenstrenge des Wechselrechts verbietet dies nur hinsichtlich der wesentlichen Erfordernisse des Wechsels (Art. 1 WG.); darum handelt es sich hier nicht. Vorauszusetzen ist nur, daß bei Anwendung der allgemeinen Auslegungsregeln der erforderliche Willensinhalt in der Urkunde überhaupt noch gefunden werden kann. Das trifft hier nicht zu (wird näher ausgeführt).

Eine wechselmäßige Verbindlichkeit des Bekl. gegenüber dem Kl. besteht also nicht.

(OLG. Stuttgart, 1. ZivSen., Urt. v. 13. Nov. 1936, 1 U 63/36.)

Anmerkung: Der Entsch. ist zuzustimmen.

Nach Art. 31 Abs. 3 WG. gilt die bloße Unterschrift auf der Vorderseite des Wechsels als Bürgschaftserklärung, soweit es sich nicht um die Unterschriften des Bezogenen oder des Ausstellers handelt. Art. 31 Abs. 4 bestimmt weiter, daß in der Erklärung angegeben werden muß, für wen die Bürgschaft geleistet wird. Der Mangel dieser Angabe würde die Nichtigkeit der Verpflichtung wegen ihrer Unbestimmtheit zur Folge haben, wenn nicht im 2. Halbs. des Art. 31 Abs. 4 WG. ausdrücklich festgelegt wäre, daß die Erklärung mangels einer solchen Angabe als Bürgschaft für den Aussteller gilt.

Diese gesetzliche Fiktion dient dem Zweck, einem unvollkommen geäußerten Parteiwillen, dessen Deutung in der Praxis häufige Zweifel hervorrufen könnte, ein für allemal einen fest umrissenen Inhalt zu geben. Sie ist demnach eine feste Auslegungsregel, die eine andere Auslegung ausschließt. Dies folgt sowohl aus dem Wortlaut des Gesetzes wie aus dem Prinzip der Formenstrenge des Wechselrechts. Denn wenn das Gesetz schon die Formenstrenge für die Wechselbürgschaft milderte, um die zu unbilligen Ergebnissen führende Nichtigkeit der Verpflichtung zu verhüten, so mußte es andererseits die dadurch möglicherweise entstehende Unklarheit durch eine zwingende Auslegungsregel beseitigen. Art. 31 Abs. 4 WG. soll also eine Gefährdung der Grundsätze des Wechselrechts nach Klarheit und Eindeutigkeit der Urkunde verhindern. Die unwiderlegliche Festlegung, wer als Hauptschuldner in Betracht kommt, war die unerläßliche Konsequenz der Milderung der Formenstrenge. Um jeden Zweifel über den Hauptschuldner auszuschließen, wählte man gerade den Aussteller, weil ein Wechsel ohne dessen Unterschrift nichtig ist, ein Annehmer aber sehr wohl fehlen kann.

Eine andere Deutung des Gesetzes setzt sich in Widerspruch zum Gesetzeswortlaut und zu dem Erfordernis der Verkehrssicherheit, der der Wechsel zu dienen bestimmt ist. Sie ließe sich juristisch nur dann halten, wenn man den Art. 31 WG. in seinem letzten Halbsatz als ergänzenden Rechtssatz auffaßt, der nur in dem Fall Platz greife, in dem die Parteien nicht ein anderes bestimmt haben. Eine solche Bestimmung wäre nach Wechselrecht nur wirksam, wenn sie sich aus der Urkunde ergäbe. An sich wäre es also denkbar, diesen Parteiwillen auch aus der Stellung der Unterschrift des Bürgen zu entnehmen. Eine solche gesetzliche Regelung hätte aber mit Notwendigkeit in der Praxis zu dauernden Zweifelsfragen und einer Flut von Prozessen geführt. Mit Sicherheit wäre dann in der Mehrzahl der Fälle die Frage streitig geworden, ob die Stellung der Unterschrift den Parteiwillen dahin erkläre, daß die Verbürgung für die Verbindlichkeit des Annehmers erfolgen sollte, oder ob Art. 31 WG. als „ergänzender Rechtssatz" zum Zuge komme, um den nicht geäußerten Parteiwillen festzulegen. Derartig dauernde Unsicherheitsmomente wären im Wechselrecht untragbar. Sie sollten gerade durch die Fassung des Art. 31 WG. ausgeschaltet werden.

RA. Dr. Otto Rilk, Berlin.

*

17. § 38 GmbHG. **Kann ein Geschäftsführer mit einfacher Stimmenmehrheit nur aus wichtigem Grunde entlassen werden, so darf das Registergericht eine so beschlossene Entlassung erst nach Feststellung des wichtigen Grundes eintragen.**

Jede Änderung in den Personen der Geschäftsführer sowie die Beendigung der Vertretungsbefugnis eines Geschäftsführers ist nach § 39 Abs. 1 GmbHG. auf entsprechende Anmeldung eines vertretungsberechtigten Geschäftsführers in das Handelsregister einzutragen. Der Anmeldung ist nach Abs. 2 eine Abschrift der Urkunden über die Bestellung der Geschäftsführer oder die Beendigung der Vertretungsbefugnis beizufügen. Es fragt sich zunächst, ob und inwieweit das Registergericht die Grundlagen der Anmeldung auf ihre Schlüssigkeit und Beweiskraft nachzuprüfen hat. Von der allgemein gültigen Erwägung aus, daß die Eintragungen in das Handelsregister nach Möglichkeit den wirklichen Rechtszustand wiedergeben sollen, wird es zwar regelmäßig genügen, daß die eingereichten Urkunden unter der Voraussetzung der zu vermutenden Richtigkeit ihres Inhalts die angemeldete Rechtstatsache ergeben. Lassen sie aber hinsichtlich der Schlüssigkeit oder hinsichtlich der Beweiskraft begründete Zweifel offen, so muß das Registergericht diesen Zweifeln zur Verhütung unrichtiger Eintragungen nachgehen und muß die Eintragung ablehnen, wenn die Zweifel sich nicht beheben lassen (vgl. KG.: JFG. 8, 166).

Solche Zweifel bestehen hier insofern, als der Gesellschaftsvertrag für die Abberufung des P. als Geschäftsführer eine Mehrheit von $^3/_4$ der abgegebenen Stimmen vorschreibt, diese Mehrheit aber in beiden Versammlungen nicht erreicht worden ist. Das LG. verlangt unter solchen Umständen, daß ein wichtiger Grund für die Abberufung in dem Versammlungsprotokoll oder wenigstens in der Einladung zu der Gesellschaftsversammlung dargelegt sein müsse. Das Registergericht habe dann das tatsächliche Vorliegen des wichtigen Grundes nicht nachzuprüfen, müsse sich aber zur Verhütung einer mißbräuchlichen Anwendung

des § 38 Satz 2 GmbHG. ein Urteil darüber bilden können, ob es vielleicht angebracht sei, von der Aussetzungsbefugnis des § 127 FGG. Gebrauch zu machen. Das sei aber nur möglich, wenn ihm diejenigen Tatsachen angegeben würden, welche den wichtigen Abberufungsgrund darstellen sollten. Diese Ansicht geht in ihren Anforderungen teils zu weit, teils nicht weit genug.

Wenn zu einer Beschlußfassung der Gesellschafter nach dem Gesetz oder nach dem Gesellschaftsvertrage eine besondere Mehrheit erforderlich ist, kann es zweifelhaft sein, ob Maßnahmen, für die sich in einer Gesellschaftsversammlung nur eine einfache Mehrheit ausgesprochen hat, damit schlechthin abgelehnt oder ob sie — wenn auch in anfechtbarer Weise — immerhin beschlossen worden sind. Das ist hier insofern von Bedeutung, als das Registergericht anfechtbare Beschlüsse nicht ohne weiteres als unwirksam behandeln darf. Die Frage ist in der Rspr. und im Schrifttum streitig. Das RG. hat sich für die AktG. auf den Standpunkt gestellt, daß ein — höchstens anfechtbarer — Beschluß stets dann vorliege, wenn in einer ordnungsmäßig einberufenen GenVers. eine Abstimmung stattgefunden habe und als deren Ergebnis ein bestimmter Beschluß vom Vorsitzenden verkündet und vom Protokollführer gebucht worden sei; die Tatsache, daß die zuständigen Personen — der Versammlungsleiter und der Protokollführer — das Ergebnis unter Beobachtung der gesetzlichen Form für einen wirksam gefaßten Beschluß erklärt hätten, dürfe nicht einfach beiseitegesetzt werden. Dieser Grundsatz kann jedoch, selbst wenn man ihn für die AktG. annehmen wollte, auf die GmbH., bei der besondere Formvorschriften nur für die Beurkundung von Satzungsänderungen gelten (§ 53 Abs. 2 GmbHG.), mindestens dann nicht übertragen werden, wenn sie nur aus wenigen Personen besteht. In dem hier eingereichten Versammlungsprotokoll fehlt überhaupt schon jede Feststellung eines Versammlungsleiters dahin, daß die Abberufung des P. beschlossen worden sei. Aber selbst wenn ein Versammlungsleiter (von dem Mehrheitsgesellschafter) bestellt worden wäre und eine derartige Feststellung getroffen hätte, würde doch dieser Tatbestand nicht schwer genug wiegen, um einen mangels Erfüllung des satzungsmäßigen Mehrheitserfordernisses infolge des Widerspruches eines der beiden Gesellschafter nicht zustande gekommenen Beschluß gleichwohl als einen solchen bis zur Durchführung eines Anfechtungsprozesses behandeln zu lassen. Man müßte sonst auch jede Satzungsänderung, für die entgegen dem § 53 Abs. 2 GmbHG. nur eine einfache Mehrheit oder vielleicht nicht einmal ein solche gestimmt hat, einstweilen als gültig beschlossen behandeln, wenn nur ein Versammlungsleiter das Zustandekommen des Beschlusses in dem Protokoll festgestellt hätte. Der Mißbrauch einer solchen Möglichkeit würde gerade innerhalb einer nur aus wenigen Personen bestehenden GmbH. sehr nahe liegen.

Es kommt deshalb weiter darauf an, ob im vorl. Falle zur Abberufung des P. eine besondere Mehrheit erforderlich war. (Die Frage wird bejaht.) Hiernach ist die Beantwortung der Frage, ob überhaupt ein Gesellschafterbeschluß zustande gekommen ist, davon abhängig, daß ein wichtiger Grund zur Abberufung des P. vorgelegen hat. Denn nur in diesem Falle ist eine trotz abweichender Bestimmung des Gesellschaftsvertrages nach dem Gesetz genügende Mehrheit erreicht worden. Daraus folgt, daß das Registergericht nicht nur die Angabe eines wichtigen Abberufungsgrundes von dem Antragsteller verlangen, sondern daß es auch die Berechtigung dieses Grundes selbständig nachprüfen muß, wenn es nicht eine Aussetzung des Eintragungsverfahrens gem. § 127 FGG. für angebracht hält. Andererseits ist es nicht gerade notwendig, daß der wichtige Abberufungsgrund bei der Einberufung der Versammlung oder in dem Versammlungsprotokoll angegeben wird. Wird ohne eine solche Angabe die Abberufung beschlossen, so wird damit zum Ausdruck gebracht, daß die Abberufung mindestens dann gelten soll, wenn sich irgendein wichtiger Grund dafür, sei es auch erst im Eintragungsverfahren vor dem Registergericht, geltend machen läßt. Es muß deshalb genügen, daß der Anmeldende erst nachträglich nachprüfbare Angaben macht, auf Grund deren das Registergericht feststellen kann, daß ein wichtiger Grund zu der beschlossenen Abberufung vorgelegen hat.

Die Richtigkeit der dargelegten Ansicht wird durch die Begründung zu dem Gesetzentwurfe (amtliche Ausgabe, Berlin 1891) bestätigt. Es heißt dort auf S. 89: „Wenn über die Rechtmäßigkeit des Widerrufs Streit besteht, so wird allerdings die Abberufung des protestierenden Geschäftsführers nicht ohne weiteres zur Eintragung in das Handelsregister gebracht werden können, indem das Registergericht es den Beteiligten überlassen wird, den Streit zunächst im Prozeßwege zum Austrage zu bringen. In der Zwischenzeit kann sich jedoch die Gesellschaft durch die Erwirkung einer EinstwVfg., welche dem betr. Geschäftsführer die weitere Vertretung interimistisch untersagt und demzufolge auch in das Handelsregister einzutragen ist, ausreichend sichern.“ Dabei ist nur die Möglichkeit übersehen worden, daß das Registergericht die Abberufung nicht „ohne weiteres“, sondern auf Grund eigener Prüfung des geltend gemachten wichtigen Grundes einträgt, selbstverständlich unter Vorbehalt der endgültig allein maßgeblichen Entsch. des Prozeßgerichts. Daß das Registergericht zu einer solchen Prüfung im Eintragungsverfahren außerstande wäre, ist nicht anzuerkennen. Die in der Rspr. und im Schrifttum vertretenen abweichenden Auffassungen können nicht gebilligt werden. Die Meinung, daß ein Widerruf, dessen Zulässigkeit im Gesellschaftsvertrage ausdrücklich auf den Fall des Vorliegens eines wichtigen Grundes beschränkt worden ist, trotz Fehlens eines solchen wirksam beschlossen werden könne und die Gesellschaft nur zum Schadensersatz verpflichte, ist im Hinblick auf den Wortlaut und den damit übereinstimmenden, durch die amtliche Begründung bestätigten Sinn des § 38 Abs. 2 GmbHG. unhaltbar. Ebensowenig ist anzuerkennen, daß trotz Fehlens eines wichtigen Grundes gegebenenfalls wenigstens ein anfechtbarer und deshalb vom Registergericht vorläufig zu beachtender Beschluß mit einfacher Stimmenmehrheit gefaßt werden könnte, oder daß jedenfalls das Vorliegen eines wichtigen Grundes im Eintragungsverfahren nicht nachzuprüfen sei (so z. B. Scholz, § 38 Anm. III 4 Abs. 2; Groschuff, § 38 Anm. 3 und KG. 1 a X 127/14 v. 27. Febr. 1914: GmbHRdsch. 1914, 185). Auf RGZ. 44, 98 kann die letztere Ansicht sich nicht berufen. Das Urteil führt allerdings aus, daß ein satzungswidrig grundlos entlassener Geschäftsführer in seiner gleichzeitigen Eigenschaft als Gesellschafter die „Beseitigung des Abberufungsbeschlusses“ und die „Wiedereinsetzung in sein Amt“ verlangen könne. Damit sollte aber nur der Ansicht entgegengetreten werden, daß der Gesellschafter-Geschäftsführer auf einen Entschädigungsanspruch beschränkt sei. Die Frage, ob es nicht vielmehr von vornherein an einem zur Abberufung ausreichenden Beschlusse überhaupt gefehlt hat, brauchte dort nicht erörtert zu werden. Immerhin erkennt das RG. ausdrücklich an, daß durch eine dem § 38 Abs. 2 GmbHG. entsprechende Satzungsbestimmung „der Geschäftsführer gegen eine willkürliche Geltendmachung des Widerrufsrechtes sichergestellt und daß ihm die fortgesetzte Ausübung der übertragenen Amtsbefugnisse ermöglicht werden soll, selbst wenn seine Mitgesellschafter ihn durch Mehrheitsbeschluß, aber ohne triftige Gründe, daran zu hindern versuchen sollten“ (vgl. auch RG.: LZ. 1914, 1762). Das gewonnene Ergebnis, wonach das Registergericht die Abberufung des Geschäftsführers erst nach eigener Feststellung des wichtigen Grundes oder nach einer Entsch. des Prozeßgerichts eintragen darf, kann der Gesellschaft auch zugemutet werden. Die Eintragung mag danach zwar in einer für sie unerwünschten Weise erschwert und verzögert werden können. Das ließe sich indes nur vermeiden, wenn man auf der anderen Seite das Interesse der Minderheit an der Beibehaltung des Geschäftsführers, insbes. dasjenige des Gesellschafter-Geschäftsführers selbst, außer acht lassen wollte. Dagegen spricht aber entscheidend, daß der für die Beteiligten maßgebende Gesellschaftsvertrag auch auf die Gefahr hin, daß der Gesellschaft dadurch Schwierigkeiten oder Schäden erwachsen würden, einen wirksamen Schutz gegen eine willkürliche Abberufung des Geschäftsführers hat begründen wollen. Wer sich den daraus drohenden Nachteilen nicht aussetzen will, darf sich in einem solchen Falle an einer GmbH. nicht beteiligen, ohne daß er sich die zur bedingungslosen alsbaldigen Abberufung des Geschäftsführers ausreichende Mehrheit gesichert hat.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 10. Dez. 1936, 1 Wx 637/36.)
[H.]

18. Die Stellung des von der Aufsichtsbehörde bestellten Liquidators einer GmbH. Führung der Liquidation unabhängig von Beschlüssen der Gesellschaftsorgane. Der Liquidator kann von der Gesellschafterversammlung nicht abberufen werden. †)

Wenn das RAufsAPrivVers. auf Grund der §§ 112, 87 VersAufsG. den Geschäftsbetrieb einer Bausparkasse untersagt und auf Grund des § 2 Kap. V Teil 1 NotVO. v. 14. Juni 1932 (RGBl. 288) angeordnet hat, daß die Untersagung wie ein Auflösungsbeschluß wirkt, sowie die Liquidation einem von ihm bestellten Liquidator übertragen hat, so sind zwar auf die Liquidation, wenn die Bausparkasse die Rechtsform einer GmbH. hat, die Vorschriften des GmbHG. über die Liquidation grundsätzlich anzuwenden. Die Stellung des Liquidators in solchen Fällen unterscheidet sich aber stark von derjenigen eines auf Grund des GmbHG. bestellten Liquidators. Wenn das RAufsAPrivVers. eine Bausparkasse auf Grund der angeführten gesetzlichen Bestimmungen auflöst, so geschieht dies aus Gründen des Gemeinwohls zum Schutze der gefährdeten Bausparer. Dem entspricht es, daß der Liquidator einer in dieser Weise aufgelösten Bausparkasse in seiner Tätigkeit der Aufsicht des RAufsAPrivVers. untersteht. Seine Stellung ähnelt mehr derjenigen eines Konkursverwalters als derjenigen eines durch den Gesellschaftsvertrag oder durch Beschluß der Gesellschafter bestellten Liquidators. Daraus folgt, daß ein vom RAufsAPrivVers. bestellter Liquidator nicht nur von der Gesellschafterversammlung nicht abberufen werden kann, sondern daß er auch ihrer Aufsicht nicht unterworfen und an ihre Weisungen nicht gebunden ist; es steht bei ihm, ob er den Wünschen der Gesellschafterversammlung Rechnung tragen will, soweit es mit dem Wesen der im öffentlichen Interesse angeordneten Liquidation vereinbar ist. Aus dieser Stellung der Gesellschafterversammlung zu dem vom RAufsAPrivVers. bestellten Liquidator folgt aber weiter, daß jene nicht in der Lage sein kann, durch irgendwelche Maßnahmen auf das der Verfügung des Liquidators unterstehende und in erster Linie der Befriedigung der gefährdeten Bausparer und sonstigen Gläubiger dienende Vermögen der Gesellschaft einzuwirken, mit anderen Worten, daß die auf dem GmbHG. beruhenden Rechte der Gesellschafterversammlung während der Dauer einer vom RAufsAPrivVers. angeordneten Liquidation ruhen, soweit ihre Ausübung das Vermögen der Gesellschaft — und zwar auch nur möglicherweise — beeinträchtigen würde. Da die Untersagung des Geschäftsbetriebs und die Auflösung durch das RAufsAPrivVers. ihre Ursache regelmäßig — allein oder neben sonstigen Umständen — in der Unzuverlässigkeit oder Unzulänglichkeit der Gesellschafter (oder doch einzelner von ihnen) haben, wie dies ausweislich der Entsch. des RAufsAPrivVers. v. 19. Dez. 1931 und 20. Juli 1932 auch bei der Kl. der Fall war, und da durch Übertragung der Liquidation an einen vom RAufsAPrivVers. bestellten Liquidator offensichtlich der Einfluß der für das Versagen der Bausparkasse verantwortlichen Personen auf die Liquidation ausgeschlossen werden soll, kann den Gesellschaftern unmöglich das Recht zustehen, durch Gesellschafterbeschlüsse das Vermögen der Gesellschaft in irgendwelcher Weise zu beeinträchtigen oder sonstwie auf den Gang der Liquidation einzuwirken. Zu dem der Verfügung der Bekl. als des Liquidators unterliegenden Vermögen der Kl. gehören aber auch die eigenen Geschäftsanteile der Kl.

(OLG. Stuttgart, Urt. v. 19. Aug. 1936, 5 U 80/36.)

Anmerkung: Das OLG. Stuttgart hat mit dem oben zitierten Urteil eine Entsch. getroffen, deren Bedeutsamkeit nicht weit genug bemessen werden kann. Hierbei ist insbes. beachtlich, daß das Gericht nicht allein die zur Entsch. stehende Einzelfrage behandelt, sondern darüber hinaus alle Probleme besprochen hat, die in diesem Zusammenhange der Lösung wert sind und auch in grundsätzlicher Beziehung gelöst wurden. Die Entsch. kann vollen Umfanges bejaht werden.

Auf nachfolgende Gesichtspunkte soll ergänzend hingewiesen werden:

a) Die Entsch. ist nicht nur für solche Liquidatoren von Bedeutung, die gemäß den vom OLG. Stuttgart angezogenen gesetzlichen Bestimmungen vom RAufsAPrivVers. eingesetzt werden, sondern auch für jene, die z. B. der Reichsbeauftragte für Zwecksparunternehmungen bei durch Verfügung oder kraft Gesetzes aufgelösten Zwecksparunternehmungen oder die der Reichskommissar für das Kreditwesen für von ihm aufgelöste Kreditinstitute usw. bestellt. Weiterhin wird die Entsch. auch auf andere Gesellschaftsformen (AktG., Genossenschaften, Versicherungsvereine a. G.) anzuwenden sein.

b) Das OLG. Stuttgart hat darauf verzichtet, seine Entsch. aus positiven gesetzlichen Bestimmungen abzuleiten, sondern vielmehr sein Urteil frei unter Abwägung der Interessenlage gefällt. Eine solche Ableitung ist jedoch möglich. Die Befugnisse der Gesellschaftsorgane (Gesellschafter- oder Mitgliederversammlungen, Aufsichtsrat usw.) der Gesellschaften sind in den allgemeinen Rechtsvorschriften geregelt, die grundsätzlich auch im Liquidationsfalle anzuwenden sind (vgl. § 294 HGB., § 69 GmbHG., § 87 GenG.). Die genannten Vorschriften legen aber übereinstimmend fest, daß die Vorschriften über die Rechtsverhältnisse der Unternehmungen vor ihrer Auflösung nur dann im Falle der Auflösung zur Anwendung kommen, „soweit sich aus dem besonderen Wesen der Liquidation nicht ein anderes ergibt". Mit „Wesen der Liquidation" ist nicht nur der allgemeine übliche, sondern auch jeder besondere Liquidationsfall gemeint, wie er z. B. dem Urteil zugrunde liegt oder wie er oben zu a) angeführt ist. Dem Wesen dieser besonderen Liquidationen entspricht die unabhängige Stellung des Liquidators gegenüber den Gesellschaftsorganen, denen die Berufung auf die allgemeinen Vorschriften versagt wird. Es kann daher zusammengefaßt der allgemeine Satz aufgestellt werden, daß aufsichtsbehördlich bestellte Liquidatoren innerhalb der Grenzen, die durch den Zweck der Abwicklung bestimmt werden, nicht an Beschlüsse der Gesellschafter, Aktionäre, Genossen oder sonstiger Gesellschaftsorgane gebunden sind. Ob und inwieweit der Liquidator diesen Beschlüssen folgt, ist eine Zweckmäßigkeitsfrage, deren Entsch. in das pflichtgemäße Ermessen des Liquidators selbst gestellt ist (vgl. auch OLG. Köln: Rspr. 13, 25; Froreich-Schmidt, Liquidation der Zwecksparunternehmungen, S. 16 ff.; Kahlert: JW. 1936, 293). Die vom Gericht gezogenen Schlüsse sind mithin auch nach diesen Gesichtspunkten zutreffend.

c) In diesem Zusammenhang mag erwähnt werden, daß in Abweichung von den allgemeinen Rechtsvorschriften für Genossenschaften die Bestellung eines alleinigen Liquidators ausreicht (vgl. VAufsAPrVers. 1934, 189 Nr. 20).

d) Richtig ist auch, daß der Liquidator der Aufsicht der ihn einsetzenden Aufsichtsbehörde untersteht, der er auch praktisch in erster Linie rechenschaftspflichtig ist. Dem entspricht es auch, daß der aufsichtsbehördlich bestellte Liquidator nur von der Aufsichtsbehörde wieder abberufen werden kann.

e) Abschließend ist als zutreffend hervorzuheben, daß das Gericht die autoritäre Stellung des Liquidators mit der eines Konkursverwalters vergleicht. Dies gilt insbes. dann, wenn die liquidierende Unternehmung, wie es in der Mehrzahl der Fälle zutrifft, überschuldet oder zahlungsunfähig ist und die Aufsichtsbehörde ein Zahlungsverbot verhängt hat. Diese Liquidationen werden fast immer als ein Verfahren zur Vermeidung des Konkurses zum Besten der Sparer, Versicherungsnehmer usw. anzusehen sein. Dem Liquidator kann, da er wie der Konkursverwalter die Stellung eines Vermögensverwalters hat, die Eigenschaft, ein Amt auszuüben, beigemessen werden (ähnlich der Amtsstellung des Konkursverwalters). Die Aufhebung der Fälligkeit aller gegen eine Unternehmung gerichteter Forderungen und der damit verbundene Vollstreckungsschutz auf Grund des Zahlungsverbots, weiterhin die sich möglicherweise an die Liquidation anschließenden Verfahren, wie die Anordnung der vereinfachten Abwicklung von Sparverträgen oder die Bestandübertragung, lassen die Richtigkeit des Vergleiches mit einem Konkursverwalter als einem unabhängig gegenüber sonstigen Organen der aufgelösten Unternehmungen entscheidenden Vermögensverwalter erkennen, der, ähnlich wie im Konkurse, ein gesetzlich fest umrissenes Verfahren zum Schutze und zur Befriedigung der Gläubiger durchzuführen hat.

Assessor Kahlert, Berlin.

19. § 1 ff. Ges. über die Salzabbaugerechtigkeit in der Provinz Hannover v. 4. Aug. 1904 (GS. 235); §§ 875, 876 BGB. Zur rechtsgeschäftlichen Aufhebung einer Salzabbaugerechtigkeit bedarf es grundsätzlich der Zustimmung des Inhabers eines von dem Grundstück auf die Abbaugerechtigkeit zur Mithaft übertragenen Rechts. Diese Zustimmung ist jedoch dann nicht notwendig, wenn der Rang des Rechts am Grundstück während des Bestehens der Abbaugerechtigkeit sich nicht verschlechtert hat, auch zur Zeit der Abtrennung der letzteren keine der übertragenen Last vorgehenden Rechte vorhanden sind, die auf Grund einer Pfandentlassung oder eines Unschädlichkeitszeugnisses auf die Abbaugerechtigkeit nicht übertragen sind.

KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 26. Nov. 1936, 1 Wx 479/36.) [H.]

Zwangsversteigerungsgesetz

20. §§ 57 Abs. 2, 37 Abs. 5 ZwVerstG.; § 870 BGB. — „Besitz" i. S. von § 55 Abs. 2 ZwVerstG. ist nicht im technischen Sinne des BGB. aufzufassen. Entscheidend ist die tatsächliche Lage, wie sie sich dem Bieter darstellt, d. h. die räumliche Herrschaft des Schuldners (Grundstückseigentümers) über Zubehörstücke. Diese geht durch Übertragung des mittelbaren Besitzes auf einen Dritten nicht verloren.

Der Kl. ist für den früheren Eigentümer K. eines Grundstücks als Hausmakler tätig gewesen. Zur Abdeckung der Honoraransprüche des Kl. hat K. ihm am 20. März 1934 seinen Anspruch auf Herausgabe einer Eßzimmereinrichtung abgetreten. Diese Einrichtung befindet sich in der damals an den Mieter X. vermieteten Wohnung des fraglichen Grundstücks und gehörte dem K. Die Einrichtung ist eigens für die Wohnung angefertigt. Ihre wesentlichsten Teile, nämlich Büfett, Kredenz, Vitrine und Heizkörperumbau, sind fest an die Täfelung des Zimmers angeschlossen und mit ihr zusammen nach einheitlichem Plane und mit einheitlichem Schnitzmuster hergestellt. Die übrigen Möbel, 10 Stühle und ein Tisch, sind nach dem gleichen Muster wie die eingebauten Teile angefertigt. Die gesamte Eßzimmereinrichtung war nicht nur an den Mieter X., sondern ist auch an den jetzigen Mieter mit vermietet worden.

Am 5. Nov. 1935 ist das genannte Grundstück zur Zwangsversteigerung gekommen. Der Kl. hatte vorher, nämlich am 4. Nov. 1935, seinen ihm von K. abgetretenen Anspruch auf Herausgabe der Eßzimmereinrichtung beim Vollstreckungsgericht angemeldet, worauf dieses durch Beschl. v. 7. Nov. 1935 die Versteigerung hinsichtlich der Eßzimmereinrichtung insoweit eingestellt hat, als das Verfahren von dem FinA. für Grundsteuern betrieben wurde, jedoch nicht hinsichtlich der übrigen betreibenden Gläubiger. Der Bekl. hat das Grundstück in der Zwangsversteigerung erworben.

Der Kl. behauptet, er sei Eigentümer der Eßzimmereinrichtung geworden. Er verlangt mit der Klage die Herausgabe der Einrichtung durch den Bekl., evtl. Feststellung, daß er Eigentümer der Einrichtung geworden und daß der Bekl. verpflichtet sei, einzuwilligen, daß der Mieter X., sobald dieser zur Herausgabe der Einrichtung verpflichtet sei, dieselbe an den Kl. herausgebe.

Das LG. gab dem Eventualvertrag des Kl. mit der Begründung statt, daß die Eßzimmereinrichtung weder Bestandteil noch Zubehör des Grundstücks sei und deshalb gültig an den Kl. habe übereignet werden können.

Das OLG. hat aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Es mag zugunsten des Kl. unterstellt werden, daß weder die streitige Eßzimmereinrichtung als Ganzes noch auch ihre in die Wohnung festeingebauten Stücke wesentliche Bestandteile des versteigerten Grundstücks darstellen. Dann ist die Einrichtung jedenfalls Zubehör des Grundstücks, und es bleibt zu prüfen, ob sie nicht als Zubehör auf Grund der §§ 55, 90 ZwVerstG. durch den Zuschlag auf den Bekl. selbst dann übergegangen ist, wenn das Eigentum an der Einrichtung schon vor der Beschlagnahme in wirksamer Weise auf den Kl. übertragen war. Diese Frage ist zu bejahen.

Nach § 55 Abs. 2 ZwVerstG. erstreckt sich die Versteigerung auf Zubehörstücke, die sich im Besitz des Schuldners oder eines neu eingetretenen Eigentümers befinden, auch dann, wenn sie einem Dritten gehören, falls dieser sein Recht nicht nach § 37 Nr. 5 ZwVerstG. geltend gemacht hat.

Daß der Kl. von der letztgenannten Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht, ist unbestritten. Dagegen bestreitet er die Anwendbarkeit jener Bestimmung auf die streitige Eßzimmereinrichtung deswegen, weil durch den Vertrag v. 20. März 1934 K. ihm, dem Kl., den gegen den Mieter X. gerichteten Herausgabeanspruch abgetreten und dadurch seinen mittelbaren Besitz auf den Kl. übertragen habe. Diese Auffassung ist nicht berechtigt. Die Ausnahmebestimmung des § 55 Abs. 2 ZwVerstG. will für den Bieter Klarheit darüber schaffen, was er durch den Zuschlag erwerben wird. Denn nur dann ist er in der Lage die wirtschaftliche Berechtigung seines Gebots zu beurteilen.

Um diese Klarheit zu schaffen, setzt sich das Gesetz hinsichtlich solcher Gegenstände, die der Bieter als zu dem Grundstück gehörig ansehen darf, über die für den Bieter häufig nicht übersehbaren Eigentumsverhältnisse hinweg und läßt sie durch den Zuschlag auf den Ersteigerer auch dann übergehen, wenn sie einem Dritten gehören und selbst dann, wenn dies dem Ersteigerer bekannt war. Nur dann kann der Bieter nicht auf den Erwerb des Eigentums an solchen Zubehörstücken rechnen, wenn der dritte Eigentümer ihretwegen die Aufhebung oder einstweilige Einstellung des Verfahrens erwirkt hat — wodurch die Sachlage den Bietern gegenüber geklärt ist — oder wenn die Gegenstände sich nicht „im Besitze" des Schuldners (bzw. eines neu eingetretenen Eigentümers) befinden. Im Hinblick auf den Zweck der ganzen Vorschrift kann die letztere Bestimmung nur den Sinn haben, daß der Eigentumsübergang auf den Ersteigerer auch dann unterbleiben soll, wenn es an der für den Bieter erkennbaren tatsächlichen und räumlichen Herrschaft des Grundeigentümers über das fragliche Zubehörstück fehlt. Dagegen kann der Eigentumsübergang auf den Ersteigerer unmöglich abhängen von der Frage, ob der Grundstückseigentümer den mittelbaren Besitz an dem Zubehör gem. § 870 BGB. im Wege der Abtretung des Herausgabeanspruchs verloren hat, wie der Kl. es im vorl. Fall behauptet. Nachdem das Gesetz sich, um für den Bieter Klarheit zu schaffen, über die Schranken des Eigentums hinweggesetzt hat, wäre es geradezu widersinnig anzunehmen, daß das Gesetz den Umfang des Eigentumserwerbes durch den Ersteigerer abhängig machen wolle von dem rein logisch-konstruktiven Vorgange der Übertragung des mittelbaren Besitzes nach § 870 BGB., einem Vorgange, der sich ausschließlich zwischen dem Schuldner und seinem Vertragsgegner abspielt, der in der tatsächlichen Übung der Gewalt über das Zubehör nach außen in keiner Weise erkennbar in Erscheinung tritt und dessen rechtliche Wirksamkeit sich der Beurteilung des Bieters — soweit er von dem Vorgange überhaupt Kenntnis hat — durchaus entzieht. Gerade für solche Fälle bietet das Gesetz dem Eigentümer des Zubehörs die Möglichkeit, seine Rechte nach § 37 Nr. 5 ZwVerstG. zu schützen.

Wäre der Begriff des „Besitzes", wie in § 55 Abs. 2 ZwVerstG. gebraucht ist, in diesem technischen Sinne aufzufassen, so wäre dadurch die durch die genannte Bestimmung erstrebte Klärung des Umfanges des Versteigerungsgegenstandes in ihr Gegenteil verkehrt.

Gerade der vorl. Fall zeigt, wie unbefriedigend eine solche Auffassung wäre. Für den Bekl. als Bieter mußte es eine erhebliche Rolle spielen, ob er als Ersteigerer die streitige wertvolle Eßzimmereinrichtung miterwerben werde. Die ganzen äußeren Umstände sprachen für die Annahme, daß die Einrichtung mit zum Hause gehöre. Sie waren in ihren wesentlichen und wertvollsten Stücken festeingebaut. Sie waren von dem Grundeigentümer K. mit der Wohnung an deren Mieter vermietet und befanden sich im unmittelbaren Besitz der Mieter in

der Wohnung. Der Kl. hatte zwar behauptet, diese Stücke von K. erworben zu haben, hatte sie aber gleichwohl im Besitz der Mieter des K. belassen und ihretwegen eine Einstellung des Versteigerungsverfahrens nicht erwirkt, nicht einmal einen schriftlichen Vertrag vorgelegt. Ob K. an ihnen noch den mittelbaren Besitz im technischen Sinne des BGB. hatte, war für die Bieter schlechterdings nicht zu übersehen. Wollte man diese konstruktivtechnische Frage als entscheidend ansehen, so war der Bekl. als Bieter gezwungen, sich bei der Abgabe seines Gebotes auf ein spekulatives Geschäft einzulassen. Das entspricht sicherlich nicht dem Sinne des § 55 Abs. 2 ZwVerstG. und ist daher abzulehnen. Als entscheidend muß vielmehr die tatsächliche Lage angesehen werden, wie sie sich dem Bieter darstellte, nämlich die Tatsache, daß K. nach wie vor die räumliche Herrschaft über die Eßzimmereinrichtung ausübte. Damit war er „Besitzer" der Möbel i. S. des § 55 Abs. 2 ZwVerstG., und der Versteigerungsrichter war durchaus im Recht, als er, wie der Bekl. unbestritten behauptet, bekanntgab, daß die Eßzimmereinrichtung mit dem Grundstück zur Versteigerung komme.

Nur dies Ergebnis entspricht auch den Erfordernissen der Billigkeit und der Rechtssicherheit. Der Bekl. konnte nur nach dem gehen, wie sich die Verhältnisse äußerlich für ihn darstellten und was der Versteigerungsrichter erklärt hatte. Dem Kl. andererseits geschieht kein Unrecht. Er hat es verabsäumt, die Aufhebung oder Einstellung des Verfahrens wegen der streitigen Vermögensstücke rechtzeitig zu erwirken. Es besteht kein Grund, der es rechtfertigen würde, die nachteiligen Folgen dieser Unterlassung auf den Bekl. abzuschieben.

(OLG. Hamburg, Urt. v. 23. Okt. 1936, 6 U 228/36.)

*

21. § 180 ZwVerstG.; VollstrSchG. v. 13. Dez. 1934. **Gegenüber dem Antrage des Gläubigers, der den Anteil eines Miterben gepfändet hat, auf Zwangsversteigerung zum Zwecke der Aufhebung der Erbengemeinschaft (§ 180 ZwVerstG.) steht den Miterben zwar nicht § 771 ZPO. zur Seite, wohl aber der Vollstreckungsschutz des Ges. v. 13. Dez. 1934 (RGBl. I, 1234).**

(OLG. Naumburg, 1. ZivSen., Beschl. v. 22. Nov. 1936, 1 W 333/36.)

Zivilprozeßordnung außer §§ 114—127

22. §§ 89 Abs. 1, 99 Abs. 3, 567 ZPO. **Gegen einen Beschluß auf Kostenersatz aus § 89 Abs. 1 Satz 3 ZPO. findet die sofortige Beschw. statt. Ihre Zulässigkeit ist nicht davon abhängig, daß die Beschwerdesumme den in § 567 Abs. 2 ZPO. vorgesehenen Betrag von mehr als 50 RM erreicht.**

Dem BeschwF. RA. N., der die Kl. als ihr bestellter ArmAnw. vertreten, die ihm aufgegebene öffentliche Beglaubigung ihrer Prozeßvollmacht in der ihm gesetzten Frist aber nicht beigebracht hat, sind durch besonderen, dem ergangenen Sachurteil angehängten Beschluß auf Grund des § 89 Abs. 1 Satz 3 die durch seine einstweilige Zulassung zur Prozeßführung dem Bekl. erwachsenen Kosten auferlegt worden. Die von ihm gegen den Beschluß erhobene sofortige Beschw. wurde für zulässig (sachlich aber für unbegründet) erklärt.

§ 89 Abs. 1 enthält keine ausdrückliche Bestimmung darüber, welches Rechtsmittel gegen die Kostenentscheidung zulässig ist. Die Fassung des Gesetzes, das in dem Satz 3 a. a. O. von dem „Endurteil" (in der Sache) und im Anschluß daran von einer „Verurteilung" zum Kostenersatz spricht, scheint dafür zu sprechen, daß auch die Kostenentscheidung in dem Endurteile zu erfolgen hat, so daß sich das Rechtsmittel gegen sie dann nach den sonstigen Vorschriften über die Anfechtung eines solchen Urteils zu richten hätte. Dem ganzen Aufbau der ZPO. entspricht es jedoch (wie in RGZ. 107, 58 eingehend ausgeführt), in Übereinstimmung mit der Rechtslehre anzunehmen, daß die Kostenentscheidung — zum mindesten auch — durch besonderen Beschluß ergehen kann und daß sie dann — ganz ähnlich dem Falle des § 102 ZPO. — durch sofortige Beschw. anfechtbar ist, ohne daß es zur Rechtfertigung dessen noch erst, wie es mitunter geschieht, einer — wenn auch nur entsprechenden — Anwendung des § 99 Abs. 3 ZPO. bedarf. Im vorl. Falle ist ein solcher besonderer, wenn auch dem Urteile äußerlich angehängter, so doch verfahrensmäßig selbständiger Beschluß ergangen und gewollt gewesen. Gegen die Zulässigkeit der eingelegten sofortigen Beschwerde bestehen daher keine Bedenken.

Bedenken können nach dem eben Gesagten auch nicht daraus entstehen, daß die Beschwerdesumme nicht den im § 567 Abs. 2 ZPO. vorgesehenen Betrag von mehr als 50 RM erreicht. Denn ist, wie gesagt, der § 99 Abs. 3 im Falle des § 89 nicht, auch nicht einmal entsprechend anzuwenden, dann scheidet damit ohne weiteres auch § 567 Abs. 2 dafür aus, ganz ebenso, wie das auch bei der im Grunde genommen sehr ähnlichen Kostenentscheidung aus § 102 ZPO. der Fall ist. Das Ergebnis würde übrigens selbst dann kein anderes sein, wenn man den § 99 Abs. 3 entsprechend anzuwenden hätte; denn eine richtige bloß *entsprechende* Anwendung muß dahin führen, daß für die Kostenentscheidung des § 89 die Beschränkung *nicht* gelten kann. Der gesetzgeberische Gedanke, der dem § 567 Abs. 2 zugrunde liegt, ist ja doch der, daß durch die Anfechtung einer Kostenentscheidung wegen eines geringfügigen Betrages nicht wieder die bereits erledigte „Hauptsache", das ist also der sachliche Prozeßstoff, aufgerührt werden soll und so unnötig Zeit, Arbeit und Kosten wegen eines Nebenanspruchs vertan werden, die bessere Verwendung finden können. Im Falle des § 89 Abs. 1 kommt der sachliche Prozeßstoff nun aber überhaupt nicht in Frage; denn es handelt sich dort nicht um das Streitverhältnis der Parteien zueinander, sondern einzig und allein um einen prozeßrechtlichen Anspruch der einen Partei gegen den Prozeßbevollmächtigten der anderen Partei, der mit dem sachlichen Streit der Parteien im übrigen nichts zu tun hat. Dieser Anspruch — im vorl. Falle auf Ersatz eines Teiles der Prozeßkosten — ist in diesem gewissermaßen Sonderstreite von vornherein und allein die „Hauptsache" zwischen den daran Beteiligten, dem Anwalte und dem Gegner, und bleibt es auch bis zu seiner Erledigung. Der dem § 567 Abs. 2 zugrunde liegende Gedanke versagt also hier. Die bloß entsprechende Anwendung des § 99 Abs. 3 und demgemäß des § 567 Abs. 2 führt daher nach dem Zwecke des letzteren dazu, ihn nicht auf den Fall des § 89 Abs. 1 Satz 3 zu übertragen.

(OLG. Naumburg, 7. ZivSen., Beschl. v. 22. Dez. 1936, 7 W 239/36.)

*

23. § 706 ZPO. **Die Einlegung eines Rechtsmittels hinsichtlich eines Teils hemmt die Rechtskraft des nur teilweise angefochtenen Urteils im vollen Umfange; das Notfristzeugnis ist daher hinsichtlich des nichtangefochtenen Teiles zu versagen.†)**

(OLG. Celle, Beschl. v. 26. Nov. 1936, 7 U 200/36.)

Anmerkung: Der Beschluß entspricht der Rspr. des RG. und dem Gesetz. Daß die Einlegung eines Rechtsmittels die Rechtskraft eines Urteils selbst dann in vollem Umfange hemmt, wenn nur eine teilweise Abänderung der angefochtenen Entsch. beantragt ist, geht aus den §§ 534, 560 ZPO. hervor. Hiernach ist ein nicht oder nicht unbedingt für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil, so weit es durch die Rechtsmittelanträge nicht angefochten wird, auf den im Laufe der mündlichen Verhandlung gestellten Antrag von dem Rechtsmittelgericht (BG. oder RevG.) durch Beschluß für unbedingt vorläufig vollstreckbar zu erklären. Die §§ 534, 560 ZPO. wären sinnlos, wenn das angefochtene Urteil schon dadurch teilweise die Rechtskraft beschreiten könnte, daß in den Rechtsmittelanträgen seine Abänderung nur zum Teil begehrt wird. Dieser Rechtslage entspricht es, daß die h. M. dem Rechtsmittelkläger die Möglichkeit gibt, zunächst einen beschränkten Rechtsmittelantrag zu stellen und diesen auch noch nach Ablauf der Begründungsfrist im Laufe des Rechtszuges auf den ganzen Umfang seiner Beschwerung auszudehnen.

Ob es dem Sinne des Begründungszwanges entspricht,

daß das Urteil über die Rechtsmittelanträge hinaus auch nach Ablauf der Begründungsfrist in erweitertem Umfang angefochten werden kann, kann allerdings zweifelhaft sein. Das Gesetz läßt aber eine andere Auslegung nicht zu.

Die Möglichkeit der nachträglichen Erweiterung der Berufung kann auch vielfach nützlich sein. In zweifelhaften Fällen wird der BerKl., um Kosten zu sparen, zunächst die Berufungsanträge auf einen Teil beschränken, um später, wenn sich die Sach- oder Rechtslage — etwa nach erfolgter Beweisaufnahme — zu seinen Gunsten geändert hat, seine Anträge zu erweitern.

Dem Rechtsmittelgegner kann allerdings durch die Versagung des Rechtskraftzeugnisses für den zunächst nicht angefochtenen Teil des Urteils ein gewisser Nachteil entstehen; dieser Nachteil wird aber durch die oben erwähnten Vorschriften der §§ 534, 560 ZPO. wenigstens insoweit gemildert, als die Möglichkeit gegeben ist, in der Berufungsverhandlung einen Beschluß zu erzielen, durch den das Urteil bzgl. des nicht angefochtenen Teils für unbedingt vollstreckbar erklärt wird.

Die Rechtskraft des Urteils tritt, soweit es in den Anträgen nicht angefochten ist, erst dann ein, wenn keine Partei mehr in der Lage ist, den nicht angefochtenen Teil durch Erweiterung des Rechtsmittels oder Anschließung durch das Rechtsmittelgericht nachprüfen zu lassen (vgl. Jonas, 15. Aufl., § 705 ZPO., Anm. II zu 2, § 534 Anm. I, § 560 ZPO.). Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn auf die Erweiterung des Rechtsmittels ausdrücklich verzichtet wird, oder wenn die Rechtsmittelanträge zunächst unbeschränkt gestellt, dann aber beschränkt werden (vgl. RG.: JW. 1930, 2954).

RA. Dr. Wilhelm Ritter, Berlin.

*

24. § 1041 ZPO.; §§ 134, 138, 343 BGB.

I. Die Festsetzung von Geldstrafen durch Verbandsschiedsgerichte ist rechtlich zulässig, da derartige Strafen als echte Vertragsstrafen anzusehen sind.

II. Satzungsbestimmungen über die Zusammensetzung und Bildung des Schiedsgerichts sind nicht allgemein und ohne weiteres allein aus dem Grunde als sittenwidrig und daher nichtig anzusehen, weil in ihnen der einen Partei ein größerer Einfluß auf die Bildung des Schiedsgerichts eingeräumt wird als der anderen.

III. Auch im Schiedsgerichtsverfahren sind Parteifähigkeit und Prozeßfähigkeit von Amts wegen zu prüfen. Fehlt die Parteifähigkeit im Schiedsgerichtsverfahren, so vermag der Umstand, daß sie nachträglich im Laufe des Vollstreckbarkeitsverfahrens gegeben ist, die Mangelhaftigkeit des Schiedsgerichtsverfahrens nicht zu heilen. †)

Gemäß § 1041 Ziff. 1 ZPO. ist ein Schiedsspruch aufzuheben, wenn ihm ein gültiger Schiedsvertrag nicht zugrunde liegt oder der Schiedsspruch sonst auf einem unzulässigen Verfahren beruht, ferner gem. Ziff. 4 a. a. O. dann, wenn einer Partei in dem Verfahren das rechtliche Gehör nicht gewährt war. Liegt einer dieser Aufhebungsgründe vor, so ist gem. § 1042 ZPO. Abs. 2 der Antrag auf Vollstreckbarkeitserklärung unter Aufhebung des Schiedsspruchs abzulehnen.

Das LG. geht von zutreffenden Erwägungen aus, wenn es die Verhängung von Geldbußen nicht als unzulässige Vereinbarung einer Strafgerichtsbarkeit ansieht.

Der erk. Sen. macht sich insoweit die rechtsirrtumsfreien Ausführungen des LG. zu eigen, nach denen die im § 16 der Satzung zur Ahndung von Verfehlungen vorgesehenen Geldstrafen im Rechtssinne als echte Vertragsstrafen aufgefaßt werden können. Es bestehen in der Tat keine rechtlichen Bedenken dagegen, daß marktregelnde Bestimmungen der in Rede stehenden Art als Pflichten der Mitglieder eines Vereins begründet und durch Geldstrafen gesichert werden können. Mit dem LG. kann insoweit auf die einschlägigen Darlegungen von Kisch: JW. 1935, 3495/96 verwiesen werden. Selbstverständlich kann die Strafbefugnis eines Vereins gegen seine Mitglieder nicht weiter gehen, als sie in der Satzung bestimmt ist; denn sie besteht nur in den Grenzen, in denen sich die Mitglieder durch ihre Zugehörigkeit zum Verein ihr unterworfen haben (vgl. RG.: JW. 1936, 2548 [22]). Daß diese Grenze aber vorliegend überschritten wäre, behauptet die Antragsgegnerin mit Recht selbst nicht.

Dem LG. ist aber nicht zu folgen, wenn es den Schiedsvertrag mit Rücksicht auf die in ihm vorgesehene Zusammensetzung des Schiedsgerichts gem. § 138 BGB. als gegen die guten Sitten verstoßend für nichtig erklärt.

Nach § 16 Ziff. b der Satzung besteht der Treuausschuß — der nach Ziff. e daselbst Schiedsgericht i. S. der Bestimmungen der ZPO. ist — aus drei Mitgliedern. Der Vorsitzende muß ein Jurist mit der Befugnis zum Richteramt sein. Die Beisitzer sind Mitglieder der Fachschaft. Es werden von der Fachschaftsversammlung auf Vorschlag der Leitung zwölf Beisitzer bestellt, die in einer festgelegten Reihenfolge regelmäßig abwechselnd an den Sitzungen des Treuausschusses teilnehmen. Den Parteien wird von dem Vorsitzenden bei der Terminsladung bekanntgegeben, welche Beisitzer im Rahmen der Reihenfolge an der Sitzung teilnehmen. Die Parteien haben das Recht, begründete Einwendungen gegen die Beisitzer unverzüglich geltend zu machen. Der Vorsitzende des Treuausschusses hat die Pflicht, falls er diesen Einspruch pflichtgemäß für begründet erachtet, den reihenfolgemäßig nachfolgenden Ersatzmann für diese Sitzung als Beisitzer zu bestimmen. Nach Ziff. c der Satzung wird der Vorsitzende des Treuausschusses von der Fachschaftsversammlung auf die Dauer eines Geschäftsjahres gewählt. Nach Ziff. d a. a. O. ist das Treuausschußverfahren öffentlich und wird durch Rundschreiben den Mitgliedern rechtzeitig bekanntgegeben. Im Rechtszuge der Berufung ist der Treuausschuß nach Ziff. m a. a. O. wie folgt, besetzt: Den Vorsitz führt ein vom LGPräs. Berlin zu benennender beamteter Richter. Es nehmen wiederum zwei Beisitzer teil, die in sinngemäßer Anwendung der Bestimmungen des § 16 b der Satzung für den zweiten Rechtszug von der Fachschaftsversammlung auf Vorschlag des Leiters der Fachschaft gewählt werden und reihenfolgemäßig an den Sitzungen teilnehmen. Es werden für diesen Rechtszug insgesamt sechs Beisitzer von der Fachschaftsversammlung gewählt. Der Leiter der Fachschaft, der ebenso wie der Vorsitzende des Treuausschusses dem zweitinstanzlichen Schiedsgericht als Mitglied angehört, hat das Recht, sich bei den Sitzungen durch ein Mitglied der Leitung der Fachschaft vertreten zu lassen.

Aus einer nach Maßgabe dieser Bestimmungen für den ersten Rechtszug im Streitfall erfolgten Zusammensetzung des Schiedsgerichts glaubt das LG., die Nichtigkeit der Schiedsklausel i. S. des § 138 BGB. herleiten zu müssen, indem es hierzu im wesentlichen folgendes ausführt: Es handele sich hier besonders um die Frage, ob die Antragsgegnerin Mitglied des Verbandes geworden sei, ob vor der Eintragung die Strafbefugnis bestehe und ob der Verband als solcher als Partei auftreten dürfe; hierüber habe ein Schiedsgericht zu entscheiden, dessen sämtliche Mitglieder von der Mitgliederversammlung bestimmt waren, der Vorsitzende für die Dauer des Geschäftsjahres unter Zubilligung einer erheblichen Vergütung; dieser habe bei einer der Verbandsführung nicht genehmen Rspr. mit einer Nichtwiederwahl rechnen müssen; die Antragsgegnerin habe einem Schiedsgericht gegenübergestanden, von dem sie erwarten mußte, daß die Aufrechterhaltung des Organisationszwanges und der Verbandsbefugnis ihr wesentlich mehr am Herzen liege und auf mehr Verständnis stoßen würde, als die unparteiische Feststellung des Sachverhalts, wie dies auch in der Behandlung der Antragsgegnerin durch das Schiedsgericht im Termin v. 1. Okt. 1935 zutage getreten sei. Die Auffassung des RG. in seiner ständigen Rspr. (vgl. z. B. RGZ. 137, 251 = JW. 1933, 38 [1]), welche die Vertragsnatur des Schiedsspruchs in den Vordergrund stelle, werde den Rechtstatsachen nicht gerecht; jede Gefährdung des Rechtsschutzes, insbes. die Gefährdung der Unparteilichkeit der Rspr., bedeute eine Gefährdung der Grund-

lage des Staates, hinter dessen Belangen der Grundsatz der Vertragsfreiheit um so mehr zurücktreten müsse, als es sich bei diesen Verträgen meist nicht so sehr um Freiwilligkeit handele. Es sei ein unerträglicher Gedanke, daß es in unserem Volke zwei voneinander ganz verschiedene Systeme der Gerichtsbarkeit geben solle: Auf der einen Seite die mit allen möglichen Garantien der Unabhängigkeit und Unbeeinflußbarkeit umgebenen Staatsgerichte, auf der anderen Seite in den Verbandsschiedsgerichten berufsständische Sondergerichte, die mehr als Instrumente der Durchsetzung des Organisationszwanges als als wahre Rechtspflegeeinrichtungen erscheinen, dabei aber in das Leben der ihm durch ihr Gewerbe oder ihren Beruf schicksalsgemäß unterworfenen Volksgenossen oft viel stärker eingreifen als die Staatsgerichte. Die Lösung dieses Widerspruchs könne nur darin bestehen, daß die Zusammensetzung der Schiedsgerichte entsprechend den Grundsätzen der Staatsgerichtsbarkeit so gesichert werde, daß sie für eine unparteiische Rspr. Gewähr leisten. Eine Schiedsklausel, die dem, wie im Streitfall, nicht Rechnung trage, widerstreite der öffentlichen Ordnung und gefährde die Volksbelange, sei deshalb gem. § 138 BGB. unheilbar nichtig.

Es ist dem Antragsteller darin beizupflichten, wenn er diese Erwägungen des LG. im Rahmen der bestehenden Gesetzgebung jedenfalls für den vorl. Streitfall als verfehlt bezeichnet. Es mag sein, daß bei einem Vereinsschiedsgericht im Einzelfall Zweifel an der Unparteilichkeit eines Schiedsrichters dann gegeben sein können, wenn Mitglieder des Vereins zu Schiedsrichtern bestellt werden. Diese Zweifel erkennt die höchstrichterliche Rspr. auch stets dann als begründet an, wenn ein Mitglied des Vorstandes zum Schiedsrichteramt berufen werden soll oder gar ein Organ des Vereins bei der Schiedsgerichtsbarkeit mitzuwirken hat. Mit Rücksicht auf die Identität der Persönlichkeit des Schiedsrichters mit dem Verein als Partei ist es nach der höchstrichterlichen Rspr. unmöglich, daß in solchen Fällen von den genannten Personen das Schiedsrichteramt ausgeübt wird (vgl. u. a. RGZ. 55, 326; 88, 395; 93, 288 = JW. 1918, 732). Anders ist die Rechtslage bei einem Mitglied des Vereins. Es ist nicht unmittelbar an dessen Rechtsstreitigkeit beteiligt und grundsätzlich kann überhaupt nicht von seiner Parteilichkeit ausgegangen werden (vgl. RGZ. 51, 392; 90, 306; insbes. 113, 321 = JW. 1926, 2576). Vielmehr ist *je nach der Lage des Einzelfalles* ein Mitglied des Vereins zum Schiedsrichter in Streitigkeiten des Vereins fähig oder nicht (vgl. neuerdings u. a. RG.: JW. 1936, 658[3]). Es läßt sich nicht, wie es in der dortigen Rspr. dieser Entsch. mit Recht heißt, ein für allemal eine Regel dahin aufstellen, daß Vereinsmitglieder vom Schiedsrichteramt ausgeschlossen seien, *vielmehr bedarf es hierzu einer eingehenden Prüfung der gesamten Umstände des einzelnen Falles.*

Bei den Entsch., die Vereinsschiedsgerichte zu treffen haben, sind in der Regel sehr viel Imponderabilien mit zu berücksichtigen, deren Bedeutung nur ein Mitglied des Vereins abzuschätzen in der Lage ist, auf Grund seiner Kenntnis der besonderen Verhältnisse des Vereins oder der Mitglieder, der besonderen Beziehungen und Interessen des Vereins u. dgl. Es liegt oft genug im Interesse des Vereins oder der Vereinsdisziplin, daß nicht außenstehende Personen Einblick in die inneren Verhältnisse des Vereins gewinnen. Es ist deshalb in der Regel ein dringendes Erfordernis, daß bei Vereinsschiedsgerichten Mitglieder des Vereins als Schiedsrichter mitwirken. Den Interessen des Vereins und der Vereinsdisziplin würde ein schwerer Schaden zugefügt, wenn die Rspr. ein für allemal Schiedsgerichtsklauseln in Vereinssatzungen für nichtig erklärte, die die Berufung von Vereinsmitgliedern zum Schiedsrichteramt vorsehen. Es ist daher zu begrüßen, *daß das RG. weitblickend die grundsätzliche Zulässigkeit der Bestellung von Vereinsmitgliedern zu Schiedsrichtern bejaht hat.* Diese billigenswerten Ausführungen, die sich in ihrem wesentlichen Inhalt mit den vom Antragsteller wiedergegebenen Darlegungen von *Körting* in der „Kartellrundschau“ 1936, 377 ff. decken, können bei ihrer Anwendung auf den hier zur Entsch. stehenden Fall nur das Ergebnis rechtfertigen, daß — im Gegensatz zur Auffassung des LG. — die oben angeführten Bestimmungen der Vereinssatzung über die Bildung und Zusammensetzung des Schiedsgerichts nicht gegen die guten Sitten i. S. des § 138 BGB. oder sonst irgendwie gegen die öffentliche Ordnung verstoßen, dies um so weniger, als im Verfahren über die — uneingeschränkt zulässige — Berufung den Vorsitz ein den Belangen des Vereins völlig fernstehender, vom Landesgerichtspräsidenten Berlin zu benennender beamteter Richter zu führen hat. Sonstige Umstände, welche die gegenteilige Ansicht des LG. im vorl. Fall unterstützen würden, sind schlechterdings nicht ersichtlich, wobei insbes. noch darauf hingewiesen werden mag, daß sämtliche am Schiedsverfahren Beteiligte dem Verbande nicht als Gegner gegenüberstehen, da sie ihm selbst angehören. Damit ist aber auch gleichzeitig festgestellt, daß auch der Tatbestand des § 1025 Abs. 2 ZPO. nicht erfüllt ist, der eine Erweiterung des § 138 BGB. darstellt. Hier bewegen sich die Ausführungen des LG. insonderheit auf einer ganz allgemein gehaltenen Linie, ohne daß *die Umstände des vorl. Streitfalles* irgendwelche Berücksichtigung gefunden hätten. Zutreffend weist der Antragsteller darauf hin, daß es hier unstreitig gewesen sei, daß hier die Schiedsabrede nicht durch irgendeine Ausnutzung der Antragsgegnerin herbeigeführt worden sei, daß diese eine derartige Ausnutzung weder behauptet und erläutert habe, daß eine derartige Ausnutzung auch sonst in keiner Weise ersichtlich sei. Nach den oben wiedergegebenen Bestimmungen des § 16 der Satzung ist insbes. nicht erkennbar, inwiefern dem Antragsteller ein Übergewicht i. S. des § 1025 Abs. 2 a. a. O. eingeräumt worden sein sollte. Dieser Absatz ist erst durch die Nov. von 1933 eingeführt worden; er bringt den Willen des Gesetzgebers, einem Mißbrauch der Schiedsgerichte zum Nachteil geschäftsungewandter Personen entgegenzutreten (vgl. RGZ. 146, 366 = JW. 1935, 1549[3]), in eindeutiger Weise zum Ausdruck, und es geht nicht an, das „Verlangen nach wahrer Unparteilichkeit über den Buchstaben des § 1025 Abs. 2 ZPO. hinaus“ als eine zulässige Weiterentwicklung i. S. nationalsozialistischen Gedankenguts ohne Rücksicht auf die besonderen Umstände des Einzelfalles hinzustellen. Wohl müssen Auslegung und Inhalt eines jeden Gesetzes, auch der übernommenen Gesetze, von der nationalsozialistischen Weltanschauung bestimmt werden. Hat aber der Gesetzgeber des Dritten Reiches selbst bereits Gesetze über bestimmte Rechtsgebiete und einzelne Materien erlassen, dann sind diese für die Gerichte bindend, und der Richter ist nicht befugt, diese Gesetzesvorschriften auf andere Tatbestände anzuwenden; er hat nicht das Recht, den Gesetzgeber zu verbessern oder ihm gar vorzugreifen (vgl. u. a. KG.: JW. 1936, 2757[64]; *Freisler*: DJ. 1933, 695, wo ausgeführt wird, daß der Richter auch dann nicht dem Gesetz entgegenzuentscheiden habe, wenn er es als unvereinbar mit der nationalsozialistischen Auffassung hält). — Der gegenteilige Standpunkt des LG. zur Frage der Nichtigkeit des Schiedsvertrages kann deshalb vom erk. Sen. nicht geteilt werden.

Die angefochtene Entsch. war indessen aus anderen Erwägungen heraus im Ergebnis zu billigen.

Zunächst macht die Antragsgegnerin mit Recht geltend, daß ihr im Schiedsverfahren das rechtliche Gehör i. S. der §§ 1041 Ziff. 4, 1042 Abs. 2 ZPO. nicht gewährt worden sei. Der Begriff des „rechtlichen Gehörs“ ist im allgemeinen der, daß den Parteien Gelegenheit gegeben sein muß, alles ihnen sachdienlich Erscheinende mündlich oder schriftlich rechtzeitig vorzubringen (vgl. BayObLG. 22, 298). Es kann hier auf sich beruhen bleiben, ob im schiedsgerichtlichen Verfahren überhaupt ein Versäumnisurteil zulässig ist oder nicht (vgl. hierüber u. a. RG.: Gruch. 31, 451; RGZ. 41, 396; LG. Duisburg: JW. 1930, 3364[7] nebst dortiger Besprechung von *Kisch*; OLG. Köln: JW. 1932, 3902[20] nebst dortigen weiteren Nachweisen). Denn vorliegend ist ein Versäumnisurteil nach Art des § 331 ZPO., d. h. unter Zugrundelegung der Geständnisfiktion, überhaupt nicht erlassen worden. Vielmehr liegt hier ersichtlich ein *streitiges* Urteil vor. Ist auch das Schiedsverfahren kein Zivilprozeß, so bedient es sich doch prozessualer Formen und schließt mit Vorgängen von prozessualer Bedeutung ab. Die prozessualen Grundbegriffe haben daher auch im Schiedsverfahren Geltung; zu ihnen gehört wesentlich die in § 1034 Abs. 1 ZPO. zwingend vorgeschrie-

bene Anhörung der Parteien — eine Vorschrift, deren Verletzung ein unverzichtbarer Aufhebungsgrund ist (vgl. §§ 1041 Ziff. 4, 1042 Abs. 2 a. a. O.). — Wohl ist die Beantwortung der Frage, wieweit im Einzelfall das Gehör zu gewähren ist, stark vom Einzelfall abhängig, insonderheit von der Schwierigkeit der Sachlage, von der Behinderung einer Partei, vom Eintritt neuer Umstände u. dgl. In Zweifelsfällen müssen aber die einschlägigen Vorschriften der ZPO., wenigstens in großen Zügen, hier entsprechend zur Anwendung gelangen. Es hätte deshalb dem Sinn und Zweck des § 1034 ZPO. im Streitfall entsprochen, wenn hier, wo eine sachliche Nachprüfung des streitigen Urteils durch die ordentlichen Gerichte grundsätzlich nicht in Frage kam (vgl. u. a. RGZ. 43, 407; 105, 385 = JW. 1923, 601; RGZ. 108, 139 = JW. 1924, 1373[20]) beim nachträglichen Erscheinen des Vertreters der Antragsgegnerin vor dem Schiedsgericht in entsprechender oder sinngemäßer Anwendung der §§ 227, 156, 230 ff. ZPO. die Verhandlung vertagt, wiedereröffnet, oder der Antragsgegnerin Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt worden wäre, um ihr in der Sache selbst nicht einen Rechtszug zu nehmen. In dem Vorgehen des Schiedsgerichts, wie es im Tatbestand eingangs wiedergegeben worden ist, muß jedenfalls eine Versagung des rechtlichen Gehörs i. S. der angeführten Bestimmungen erblickt werden, um so mehr, als das Schiedsgericht nach der glaubwürdigen Aussage des Zeugen Dr. H. bis etwa 10,20 Uhr auf das Erscheinen der Antragsgegnerin gewartet und dann sehr schnell beraten hatte.

Selbst wenn man diesen Ausführungen nicht zu folgen vermag, so wird die angefochtene Entsch. jedenfalls von der ihr gegebenen Begründung getragen, daß das Schiedsgericht die mangelnde Parteifähigkeit des Antragstellers nicht berücksichtigt und demgemäß einen Schiedsspruch zugunsten einer nicht existierenden Partei erlassen hat. Unstreitig ist der Antragsteller erst nach Abschluß des Schiedsverfahrens, nämlich am 2. Jan. 1936, in das Vereinsregister eingetragen worden; erst hierdurch hat er nach §§ 21 ff., 55, 71 BGB. Rechtsfähigkeit und damit Parteifähigkeit i. S. des § 50 ZPO. erlangt. Partei- und Prozeßfähigkeit sind im Schiedsverfahren von Amts wegen zu prüfen. Sie sind ganz wesentlich, weil ohne sie das Schiedsverfahren weder zu einem vollstreckbaren Schiedsspruch noch zu einem derartigen Schiedsvergleich führen kann (vgl. u. a. Baumbach, Das privatrechtliche Schiedsgerichtsverfahren, 1931, S. 105). Fehlte sie bei Abschluß des Schiedsvertrages, so liegt ein wirksamer Schiedsspruch — bzw. Schiedsvergleich — nicht vor; das Verfahren war unzulässig (§ 1041 Ziff. 1 ZPO.). Die Ansicht der Antragsgegnerin, angesichts der Rechtskraft des Schiedsspruchs seien der Gegenseite „alle die Parteifähigkeit betr. Einwendungen abgeschnitten“, ist verfehlt. Es wird hierbei übersehen, daß hier ein wesentlicher Unterschied gegenüber dem ordentlichen Prozeß besteht, und zwar insofern, als die Rechtskraft der Schiedssprüche nicht von Amts wegen zu beachten ist, weil es hierfür an einem öffentlichen Interesse fehlt, es überdies den Parteien freisteht, im Einzelfall nachträglich die Aufhebung des Schiedsspruchs zu vereinbaren (vgl. u. a. RGZ. 146, 262 = JW. 1935, 1027 Nr. 17 nebst dortigen Nachweisen). Im übrigen ist ein Schiedsspruch trotz seiner „Rechtskraftwirkung unter den Parteien“ doch einer Nachprüfung durch das ordentliche Gericht ausgesetzt und kann aus den verschiedensten Gründen aufgehoben werden (vgl. §§ 1041, 1042 ZPO.). Von einer „Heilung des Mangels“ durch Weiterbetreibung des Vollstreckbarkeitsverfahrens nach erfolgter Eintragung kann entgegen der Auffassung des Antragstellers keine Rede sein. Das Schiedsverfahren selbst ist, wie schon oben hervorgehoben, überhaupt kein Zivilprozeß, vielmehr nur eine Art Seitenstück dazu, ein Prozeßersatz, und endet in aller Regel mit einem Schiedsspruch oder einem Schiedsvergleich. Das Verfahren vor dem Staatsgericht betr. die Vollstreckbarkeitserklärung ist ein besonderes Erkenntnisverfahren, welches durch einen „Antrag“ eingeleitet wird und mit einer Entsch. (Beschluß oder Urteil) abschließt. Es handelt sich also um zwei völlig selbständige, in sich ganz verschiedenartige Verfahren. Da das Schiedsgericht die mangelnde Parteifähigkeit des Antragstellers nicht berücksichtigt hat, eine Heilung dieses Mangels aber nicht eintreten konnte, ist nach alledem der Aufhebungsgrund der §§ 1041 Ziff. 1 ZPO. und damit der Versagungsgrund des § 1042 Abs. 2 daselbst gegeben.

(KG., 22. ZivSen., Urt. v. 20. Nov. 1936, 22 U 3183/36.)

Anmerkung: Die Entsch. betrifft Fragen, die für das ganze Verbandsleben und insbes. für die Verbandsdisziplin beträchtliche grundsätzliche Bedeutung beanspruchen. Sie beruht im wesentlichen auf drei Rechtsgedanken.

1. Der erste ist der, daß die Strafen, die ein Verein seinen Mitgliedern für den Fall der Verletzung seiner Pflichten auferlegt, die Rechtsnatur von wirklichen Vertragsstrafen haben können. Diese Stellungnahme ist grundsätzlich zu billigen. Das Rechtsgebilde der Vertragsstrafe ist in seiner Anwendbarkeit nicht auf das Schuldrecht beschränkt, sondern kann auch durchaus in die Beziehung eingebaut werden, wie sie zwischen einer privatrechtlichen Körperschaft und ihrem Mitgliede besteht. Die Wirksamkeit der Vertragsstrafnorm ist an keine anderen Schranken gebunden als diejenigen, wie sie im Gesetze für Vertragsstrafen überhaupt vorgesehen sind (§§ 134, 138, 343 BGB.). Der Rechtsgrund für die Unterwerfung des Mitgliedes unter die Strafe ist die auf seinem freien Entschluß beruhende Mitgliedschaft, woraus sich ohne weiteres ergibt, daß die Verhängung einer Vertragsstrafe nur gegenüber einem Mitgliede und nur im Rahmen der Vereinssatzung statthaft ist. — Daß allerdings u. U. bei Häufung bestimmter Momente die Androhung von Strafen über den Bereich des Privatrechtes hinausgehen und einen Übergriff in die öffentliche Strafgewalt des Staates bedeuten kann, soll damit nicht geleugnet werden. Doch kann ein solcher Übergriff nur mit größter Vorsicht und beim Vorliegen unzweideutiger Anhaltspunkte unterstellt werden.

2. Ebenso verdient es Billigung, wenn das KG. einen Verstoß gegen die guten Sitten nicht schon darin erblicken zu sollen glaubt, daß ein Schiedsgericht, welches über Verhängung und Höhe von Vertragsstrafen gegen ein Vereinsmitglied zu entscheiden berufen ist, ganz oder zum Teil aus Vereinsmitgliedern zusammengesetzt ist. Denn die dem Schiedsgericht angehörigen Mitglieder sind weder mit dem Verein identisch, noch als solche verfassungsmäßige Organe desselben. Ihre besondere Vertrautheit mit den Verhältnissen des Vereines spricht nicht gegen, sondern vielfach umgekehrt für ihre Mitwirkung bei einem auf die Mitgliederpflichten bezüglichen Schiedsverfahren. Solange nicht die Voraussetzungen für die Anwendung des zwingenden § 1025 Abs. 2 ZPO. gegeben sind, kann der Umstand, daß am Schiedsverfahren Vereinsmitglieder mitwirken, für sich allein einen Verstoß gegen die guten Sitten nicht darstellen. Für die Schiedspartei liegt ein ausreichender Schutz in der Möglichkeit, zutreffenden Falles das Vereinsmitglied wegen Befangenheit als Schiedsrichter abzulehnen. Auch insofern bewegt sich das Urteil auf dem Boden der schon bisher in Schrifttum und Rspr. anerkannten Grundsätze.

3. Schließlich läßt sich auch kein grundsätzlicher Einwand gegen die auf die Parteifähigkeit bezüglichen Ausführungen des Urteils erheben. Das Schiedsverfahren setzt zu seiner Zulässigkeit auf seiten der Streitteile die Parteifähigkeit voraus. War diese bei Beginn des Verfahrens nicht vorhanden, so leidet dieses Verfahren an einem grundlegenden Mangel, auch wenn während seines Verlaufes die zunächst fehlende Parteifähigkeit nachträglich erworben wird, etwa durch Eintragung des Vereines in das Register. Diese Unzulässigkeit kann und muß dann auch in dem Verfahren betr. die Vollstreckbarkeitserklärung berücksichtigt werden. Man könnte an den Versuch denken, diesem Ergebnis auf dem Wege zu entgehen, daß man die Wirkungen des auf den Namen des Vereines selbst geführten Verfahrens einschließlich des ergehenden Schiedsspruches auf die Gesamtheit der Vereinsmitglieder bezieht und den rechtsfähig gewordenen Verein, sei es unter dem Gesichtspunkt der Rechtsnachfolge, sei es unter demjenigen der Identität, in die verfahrensrechtliche Stellung der Mitgliedergesamtheit einrücken läßt. Dies ginge jedoch weit hinaus über die allenfalls noch mögliche Auslegung von Verfahrensakten, insbes. Schiedssprüchen, und käme im Ergebnis auf eine reine Fiktion hinaus, die auf dem Gebiete des Verfahrensrechtes noch weniger tragbar erscheint, als auf dem des

materiellen Rechtes. Übrigens würde solche einigermaßen verwegene „Konstruktion" gerade im gegebenen Falle sofort an der Erwägung scheitern, daß, wenn als Parteien des Schiedsverfahrens vor Erwerb der Parteifähigkeit die Mitglieder angesehen würden, keines dieser Mitglieder als Schiedsrichter in dem gleichen Verfahren tätig sein könnte, da die beiden Eigenschaften der Partei einerseits, des Richters (Schiedsrichters) andererseits miteinander unvereinbar sind.

W. Kisch, München.

Armenanwaltskostengesetz und §§ 114—127 ZPO.

25. §§ 39, 41 RAO. Beiordnung eines Verkehrsanwalts im Armenrecht. †)

Durch den angefochtenen Beschluß ist der Antrag des Kl., ihm für das beim LG. in Guben anhängige Betragsverfahren seines Schadensersatzprozesses den RA. B. in Frankfurt a. d. O. als besonderen Anwalt zur Vermittlung des Verkehrs mit seinem Prozeßbevollmächtigten beizuordnen, zurückgewiesen worden. LG. unterstellt zwar, daß Kl. mit Rücksicht auf seine Unfallverletzungen nicht in der Lage sei, schriftlich die erforderlichen Informationen seinem in Guben wohnhaften Prozeßbevollmächtigten zu erteilen. Hiervon ist in der Tat im Hinblick auf die schweren Unfallfolgen des Kl. und auch mit Rücksicht auf die Schwierigkeit des Prozeßstoffes auszugehen. LG. meint aber, daß Kl., da er reisefähig sei, mündlich seinen Prozeßbevollmächtigten informieren könne, und verweist ihn, falls ihm hierfür die erforderlichen Geldmittel nicht zur Verfügung ständen, auf den Weg der EinstwVfg., mit der er die Zahlung eines Prozeßkostenvorschusses durch die Bekl. erwirken könne.

Dieser Auffassung kann jedoch nicht beigetreten werden. Für einen solchen Antrag auf Erlaß einer EinstwVfg. fehlt es an der erforderlichen gesetzlichen Grundlage, da dem Kl. ein Rechtsanspruch auf Zahlung eines Prozeßkostenvorschusses gegen die Bekl. nicht zusteht — auch nicht unter Berücksichtigung des zu seinen Gunsten bereits ergangenen Grundurteils.

Wenn der Kl., wie er glaubhaft angegeben hat, geldlich nicht in der Lage ist, die Reisekosten von Frankfurt a. d. O. nach Guben zwecks Informationserteilung an seinen Prozeßbevollmächtigten aufzubringen, so bietet gerade die neugeschaffene armenrechtliche Bestimmung des § 39 Abs. 2 RAO. die Möglichkeit, ihm durch Beiordnung eines besonderen an seinem Wohnsitze ansässigen Anwalts zur Vermittlung des Verkehrs mit seinem Prozeßbevollmächtigten eine ausreichende Wahrnehmung seiner prozessualen Rechte zu gewährleisten. Durch die gesetzlichen Bestimmungen, daß dies nur zulässig sei, wenn besondere Umstände es erforderten, ist zwar zum Ausdruck gebracht, daß eine solche Anordnung nur ausnahmsweise getroffen werden kann, wobei aber die Erwägung, ob dies für die Reichskasse der billigste Weg sei, auszuscheiden hat (vgl. Beschluß des KostSen. des KG. v. 14. Nov. 1936: JW. 1936, 3588).

Ein solcher Ausnahmefall erscheint aber gerade hier gegeben, um so mehr, als mit Rücksicht auf die Schwierigkeit des Prozeßstoffes eine häufige Informationserteilung an den Prozeßbevollmächtigten des Kl. wird erfolgen müssen.

Der Beschwerde war daher stattzugeben und antragsgemäß der benannte Verkehrsanwalt beizuordnen.

(KG., 30. ZivSen., Beschl. v. 24. Dez. 1936, 30 W 6924/36.)

Anmerkung: Diese Entsch. bereichert das zu § 39 RAO. bisher vorliegende dürftige Rechtsprechungsmaterial in demselben Sinne, in welchem bereits der 20. ZivSen. des KG. im Gegensatz zu OLG. Naumburg v. 7. Okt. 1936: JW. 1936, 3323 in der obengenannten Entsch. v. 14. Nov. 1936 Stellung genommen hat.

Die Bestimmung des § 39 Abs. 2 RAO. verdient vor allem deshalb immer wieder hervorgehoben zu werden, weil sie als „neugeschaffene armenrechtliche Bestimmung" den Gerichten noch viel zu wenig bekannt ist. Sie schließt aber eine bisher vorhandene empfindliche Lücke des materiellen Armenrechts. Denn dieses sah bisher die Möglichkeit der Beiordnung eines Verkehrsanwalts nicht vor. Die arme Partei mußte also entweder auf eigene Kosten sich der Hilfe eines Verkehrsanwalts bedienen oder — wo sie dazu nicht in der Lage war — sich mit der vielfach unzulänglichen schriftlichen Verständigung begnügen, zum Schaden naturgemäß einer sachgemäßen Aufklärung des Streitfalles und damit auch zum Nachteil der armen Partei. Eine gewisse Handhabe, diese Lücke auszufüllen, war dem Gericht nur durch die Möglichkeit der Anordnung des persönlichen Erscheinens der Partei gegeben, um unmittelbar aus ihrem Munde diejenigen Erklärungen zu erhalten, die normaler- und richtigerweise zunächst jedenfalls Gegenstand der Informationserteilung an den Prozeßbevollmächtigten zu sein haben und von diesem entsprechend zu verwerten sind. Die Kosten für dieses persönliche Erscheinen sind ja durch die Nov. v. 29. März 1935 (RGBl. I, 456) durch entsprechende Ausdehnung des § 72 Ziff. 7 GKG. als bare gerichtliche Auslage ausdrücklich anerkannt worden. Immerhin dient das persönliche Erscheinen der Partei an sich anderen Zwecken und vermag den Verkehr zwischen dem Prozeßbevollmächtigten und der armen Partei naturgemäß nicht zu ersetzen.

Soll die arme Partei aber nicht von vornherein der zahlungsfähigen Partei gegenüber benachteiligt sein, dann muß in den geeignet erscheinenden Fällen auch die Informationserteilung in das Armenrecht einbezogen werden können, eben durch Beiordnung eines Verkehrsanwalts. Das unterstreicht vorstehende Entsch. durch die Worte, § 39 Abs. 2 RAO. biete die Möglichkeit, der armen Partei „eine ausreichende Wahrnehmung ihrer prozessualen Rechte zu gewährleisten".

Sache der Praxis wird es nunmehr sein, von dieser Möglichkeit überall da auch tatsächlich Gebrauch zu machen, wo es angebracht erscheint. Ein anschauliches Beispiel dafür ist obige Entsch.

Dabei darf indes nicht übersehen werden, daß das Prozeßgericht in seinem Ermessen nicht völlig frei ist. Die gesetzliche Voraussetzung ist vielmehr mit Vorbedacht recht eng gezogen worden: nur wenn „besondere Umstände" solche Beiordnung erfordern.

Es ist also in jedem Falle abzuwägen, einmal, ob der Partei eine andere Möglichkeit ausreichender Informierung ihres Anwalts eröffnet erscheint (wobei vor allem auch nach der Persönlichkeit der Partei von ihr schriftlicher Verkehr mit dem Anwalt verlangt werden kann), ferner ob nach der Art des Rechtsstreits, der Schwierigkeit der in ihm auftauchenden Fragen das Bedürfnis nach unmittelbarer (und wohl auch mehrmaliger) Aussprache mit einem Anwalt besteht. Dabei wäre es allerdings falsch, es allein auf die rechtliche Schwierigkeit abzustellen. Denn bekanntlich — und trotzdem vielfach verkannt! — vermögen mitunter erst erhebliche Bemühungen des Anwalts durch eingehende Beratung mit der Partei einen brauchbaren tatsächlichen Kern herauszuschälen und so klarzulegen, daß er als Grundlage für die notwendige rechtliche Beurteilung überhaupt geeignet ist. Selbst eine gebildete, urteilsfähige Partei ist keineswegs immer in der Lage, von sich aus ohne mündliche Erörterung den Sachverhalt genügend zu offenbaren, mitunter selbst dann nicht, wenn ihr präzise Fragen vorgelegt werden, die häufig ihrerseits wieder schon einen teilweise aufgeklärten Sachverhalt voraussetzen.

Es ist aber ebenso falsch, zu sagen, die rechtliche Durcharbeitung sei Sache des Anwalts, rechtliche Schwierigkeiten hätten daher außer Betracht zu bleiben, nur tatsächlich verwickelte Verhältnisse könnten den mündlichen Verkehr mit einem Anwalt rechtfertigen. Die verschiedenartigen Möglichkeiten rechtlicher Würdigung mit den vielleicht verschiedenen Rechtsfolgen müssen mitunter eingehend zwischen Anwalt und Partei erörtert werden, was keineswegs immer schriftlich in ausreichender und fruchtbringender Weise geschehen kann.

Alle diese Gesichtspunkte wird daher das um Beiordnung eines Verkehrsarmenanwalts angegangene Gericht würdigen müssen, um sich klarzuwerden, ob hier „besondere Umstände" die Beiordnung erfordern.

Dabei ist dem — berechtigten — fiskalischen Ge-

sichtspunkt durch die enge gesetzliche Formulierung schon Rechnung getragen. Ihn noch mehr in den Vordergrund rücken würde eine weitere Verschärfung der gesetzlichen Voraussetzungen und damit praktisch fast eine Unanwendbarkeit dieser Gesetzesvorschrift bedeuten. So hat auch der 20. Sen. des KG. in seiner Entsch. v. 14. Nov. 1936: JW. 1936, 3588 für den anderen Beiordnungsfall des § 39 Abs. 2 RAO. — Beiordnung eines Beweisanwalts — bereits abgelehnt, besondere Umstände i. S. dieser Bestimmung nur dann anzunehmen, wenn keine billigere Maßnahme eröffnet erscheint. Diese Frage ist vielmehr allein aus dem Gesichtspunkt der Wahrung der Rechte der armen Partei zu beantworten.

Daß auch eine rückwirkende Beiordnung eines Verkehrsanwalts in Frage kommen kann und eine solche nach Abschluß der Instanz nicht ausgeschlossen ist, zeigt OLG. Hamm v. 10. Nov. 1936: JW. 1937, 52, obwohl bei richtiger Handhabung rückwirkender Anwaltsbeiordnung ein derartiger Fall ja nur bei Übergehen eines rechtzeitig gestellten Antrages durch das Gericht denkbar wäre (vgl. Gaedeke, Komm. z. ArmAnwG. S. 55), nicht aber dann, wenn die arme Partei nachträglich den Antrag stellt, den von ihr herangezogenen Verkehrsanwalt ihr als Verkehrsarmenanwalt beizuordnen. Solche Beiordnung ist mangels rechtlicher Handhabe, aber auch mangels tatsächlichen Bedürfnisses für ein derartiges Vorgehen abzulehnen.

Der verfahrensrechtliche Weg ergibt sich aus § 41 Abs. 2 RAO. Die Partei muß sich an das Prozeßgericht wenden. Dieses entscheidet über Beiordnung oder Nichtbeiordnung. Bejahendenfalls hat es das zuständige AG. (Wohnsitz der armen Partei) um die Ausführung des Beschlusses, d. h. um die „Zuweisung des konkreten Anwalts" (Jonas: JW. 1937, 202) zu ersuchen. Nur auf diesem Wege und nur in diesem Rahmen kann das auswärtige Gericht innerhalb des Armenrechtsverfahrens angegangen und tätig werden.

KGR. Dr. Gaedeke, Berlin.

*

26. § 1 ArmAnwG. Nur Aufwendungen des ArmAnw. im Interesse der armen Partei sind aus der Reichskasse zu ersetzen, nicht aber Auslagen, die der Anwalt im eigenen Interesse, z. B. für die Durchsetzung seines Anspruchs an die Reichskasse, aufwendet.

Die Beschw. des ArmAnw. ist nur insoweit gerechtfertigt, als sie sich auf einen Portobetrag von 0,12 RM für das Ersuchen an das AG. L., den Pfleger zur Bestätigung des Empfangs der Urteilsabschrift und der Originalquittungen anzuhalten, bezieht. Zwei gleichartige Beträge hat LG. bereits zugebilligt. Diese Tätigkeit des ArmAnw. lag auch noch, gleichgültig, ob sie nach Rechtskraft des Urteils entwickelt worden ist, im Rahmen der Erledigung des Auftrages. Die dadurch erwachsenen Auslagen sind daher, da sie auch zweckentsprechend waren, aus der Reichskasse zu ersetzen.

Im übrigen dagegen ist die Beschw. unbegründet. Hinsichtlich der Beschwerdegebühr können auch die Ausführungen der jetzigen Beschw. eine andere rechtliche Beurteilung als die, daß es einer ausdrücklichen besonderen Beiordnung des BeschwF. auch für die Streitwertbeschwerde als einer neuen Instanz bedurft hätte, nicht rechtfertigen. Damit entfallen auch die diesbezüglichen Portoauslagen.

Aufwendungen für Porto für Dienstaufsichtsbeschwerden des ArmAnw. wegen säumigen Verhaltens des UrkB. in bezug auf die Erstattung der Armenanwaltskosten stellen Aufwendungen im eigenen Interesse des ArmAnw., nicht aber zur Erledigung des ihm übertragenen Mandats, d. h. keine Tätigkeit in Vertretung der armen Partei dar. Hierfür besteht daher eine Haftung der Reichskasse, wie ganz allgemein für jede Tätigkeit des ArmAnw., die er nur im eigenen Interesse entwickelt — vor allem Erinnerung und Beschw. gegen die Festsetzung der Armenanwaltskosten aus § 4 ArmAnwG. —, nicht.

(KG., 20. ZivSen., Beschl. v. 16. Jan. 1937, 20 W 159/37.)

*

27. § 1 ArmAnwG.; § 115 ZPO. Die Funktionen des beigeordneten prozeßbevollmächtigten ArmAnw. umfassen alle Prozeßhandlungen, auch Wahrnehmung auswärtiger Termine. — Zweck der Reise des ArmAnw. Auch Kosten einer Reise zu außergerichtlichen Vergleichsverhandlungen können aus der Reichskasse zu erstatten sein.

Dem Bekl. ist das Armenrecht bewilligt und RA. A. als ArmAnw. beigeordnet worden. Aus Anlaß der vom Prozeßgericht angeordneten Beweisaufnahme durch Vernehmung von auswärtigen Zeugen hat RA. A. gebeten, ihn als ArmAnw. für die Wahrnehmung des Termins in H. beizuordnen. Daraufhin hat das Prozeßgericht „in weiterer Ausführung" seines erstgenannten Beschlusses den RA. A. auch als ArmAnw. für die Wahrnehmung des Termins vor dem AG. H. beigeordnet, und zwar mit Rücksicht auf eine entsprechende ausdrückliche Erklärung des Anwalts nur mit der Maßgabe, daß nicht höhere Kosten als insgesamt 50 RM erwachsen dürften. Der Termin in H. hat nicht stattgefunden. Dagegen ist RA. A. nach St. gefahren. Dortselbst ist — ob aus Anlaß einer daselbst angeordneten Zeugenvernehmung, ist nicht ersichtlich — unter Mitwirkung der beiderseitigen Prozeßbevollmächtigten der Prozeß durch — außergerichtlichen — Vergleich beendet worden.

Nunmehr hat RA. A. außer den sonstigen Gebühren auch „Gebühren für die Fahrt nach St." in Höhe von 50 RM der Reichskasse gegenüber liquidiert und gleichzeitig beim Prozeßgericht beantragt, den zweiten Beschluß dahin zu ändern, daß die Beiordnung für die Wahrnehmung der Vergleichsverhandlungen in St. erfolge. LG. hat abgelehnt mit der Begründung, daß eine rückwirkende Bewilligung des Armenrechts allenfalls nur bis auf den Zeitpunkt der Stellung des Antrags zulässig sei, der hier aber erst nach Erledigung des Rechtsstreits gestellt sei. Hiergegen richtet sich die Beschw. mit der Begründung, daß der Antrag nicht als nachträgliche Anwaltsbeiordnung, sondern als Abänderung des früheren Beschlusses gedacht sei.

Die Beschwerde mußte Erfolg haben, obwohl schon in verfahrensrechtlicher Hinsicht die Rechtslage unklar ist.

Nachdem RA. A. als prozeßbevollmächtigter ArmAnw. dem Bekl. beigeordnet war, umfaßten seine Funktionen die Vertretung der armen Partei in jedem Stadium des Verfahrens in dieser Instanz ohne Rücksicht darauf, ob im einzelnen Prozeßhandlungen in Frage standen, für welche Anwaltszwang nicht besteht, d. h. auch für die Vertretung der armen Partei in auswärtigen Terminen. Mithin war, wie für einen Antrag des Anwalts auf Ausdehnung seiner Beiordnung, so auch für einen entsprechenden Beschluß des Prozeßgerichts kein Raum. Wenn gleichwohl das Prozeßgericht eine derartige Anordnung getroffen hat, so ist diese sachlich nicht anders zu werten als eine vom ArmAnw. in seinem eigenen Interesse beantragte Stellungnahme des Prozeßgerichts zu der Frage der Notwendigkeit der Wahrnehmung des auswärtigen Termins durch den ArmAnw. Eine solche Stellungnahme kann nach der Rspr. des Sen. (vgl. Entsch. v. 9. Aug. 1935: JW. 1935, 2512) der ArmAnw. mit Rücksicht auf die spätere Erstattung seiner Reisekosten verlangen, ohne daß indes solche vorherige Stellungnahme unbedingt erforderlich wäre, und ohne daß beim Fehlen solcher Stellungnahme die Rechtslage des ArmAnw. irgendwelche Beeinträchtigung erfährt.

Folglich bedurfte es auch bei Einreichung der Liquidation keines besonderen Antrags des ArmAnw. auf Abänderung des letztgenannten Beschlusses dahin, daß dieser auch für die Reise nach St. Geltung haben sollte, zumal eine Stellungnahme des Prozeßgerichts nach Ausführung der Reise nicht mehr in Frage kommt, sondern dann nur noch innerhalb der Entsch. über das Festsetzungsgesuch des ArmAnw. erfolgen kann.

Zu Unrecht hat demnach LG. das Gesuch des ArmAnw. als Antrag auf nachträgliche rückwirkende Beiordnung auch für die Vergleichsverhandlungen in St. angesehen und trotz des Hinweises des ArmAnw. auf den Zweck seiner Eingabe abgelehnt, der Beschw. abzuhelfen. Die verfahrensrechtliche Lage war vielmehr so, daß über das Gesuch des RA. A. um Er-

stattung seiner Kosten einschließlich der Reisekosten nach St. gemäß § 4 ArmAnwG. der UrkB. zu befinden hatte. Da dieser bisher — offenbar infolge des vom LG. unzutreffenderweise eingeschlagenen Verfahrens — noch keine Stellung genommen hat, mußte der Beschluß des LG. aufgehoben werden.

Von einer ausdrücklichen Anweisung des UrkB., in bestimmtem Sinne zu entscheiden, mußte der Senat wegen der besonderen verfahrensrechtlichen Lage absehen. Sachlich ist aber gleichwohl jetzt bereits darauf hinzuweisen, daß der beantragten Erstattung der Reisekosten aus der Reichskasse keinerlei Bedenken entgegenstehen. Ob die Reise nach St. aus Anlaß und zu dem Zweck einer etwa angeordneten Zeugenvernehmung daselbst unternommen worden ist, ist belanglos. § 1 Abs. 3 ArmAnwG. schränkt den Zweck einer Reise des ArmAnw. im Interesse seiner Partei in keiner Weise ein. Reisekosten können daher für die Erstattung aus der Reichskasse auch dann in Frage kommen, wenn der ArmAnw. aus bestimmten in der Sache selbst liegenden Gründen nur zum Zwecke der Durchführung von Vergleichsverhandlungen eine Reise unternimmt. Da hier diese Verhandlungen in St. zur vergleichsweisen Beendigung des Prozesses geführt haben, wird allein dadurch zur Genüge dargetan, daß die Reise nicht überflüssig war. Damit rechtfertigt sich insoweit der Ersatzanspruch an die Reichskasse. Ob die frühere Beschränkung auf einen Höchstbetrag von 50 *RM* auch für diese Reise ohne weiteres zu gelten hat, bedarf dabei keiner Erörterung. Denn abgesehen davon, daß höhere Kosten nicht in Frage kommen werden, hat der ArmAnw. selbst auch sein Gesuch auf diesen Betrag beschränkt.

(KG., 20. ZivSen., Beschl. v. 12. Jan. 1937, 20 W 20/37.)

*

28. §§ 1, 4 ArmAnwG.; § 613 BGB.; § 41 RAO. Der beigeordnete ArmAnw. erwirbt nur durch verantwortliche eigene Tätigkeit einen Ersatzanspruch an die Reichskasse, nicht aber, wenn er die gesamte Vertretung der Partei einem Substituten überträgt. Der ArmAnw., der aus dem Anwaltsberuf ausgeschieden ist, kann gleichwohl noch selbst das Verfahren aus § 4 ArmAnwG. betreiben.

Durch Beschl. v. 31. Okt. 1932 ist der Kl. das Armenrecht bewilligt und RA. Z. als ArmAnw. beigeordnet worden. Die Klage ist dann von RA. Y. unter Überreichung einer Untervollmacht des RA. Z. eingereicht worden. In der Folgezeit ist auch nur RA. Y. für die Kl. aufgetreten. Er hat auch sämtliche Schriftsätze unterzeichnet und mit Eingabe v. 13. März 1933 noch ausdrücklich gebeten, sämtliche Protokolle und Ladungen ihm und nicht dem beigeordneten Anwalt zuzusenden. Am 28. Aug. 1933 hat RA. X. Untervollmacht des RA. Z. auf sich überreicht und angezeigt, daß RA. Y. verstorben sei und demgemäß er die Weiterbearbeitung der anhängigen Rechtsangelegenheiten übernommen habe. Im Laufe des Rechtsstreits hat das LG. bei RA. Z. angefragt, ob er weiterhin als ArmAnw. fungieren wolle. Es bestünden Bedenken, die Beiordnung bestehen zu lassen, da er bisher nicht unmittelbar in der Sache tätig geworden sei, sondern sie durch Substituten habe bearbeiten lassen. RA. Z. hat erwidert, daß er an sich seine Armenrechtssachen ausnahmslos in eigener Person bearbeite, daß er inzwischen aber auf der Geschäftsstelle die Gerichtsakten eingesehen habe, um zu erfahren, wer sein Substitut gewesen sei, und daß die Übertragung der Bearbeitung an Unterbevollmächtigte sich damit erkläre, daß RA. Y. ihn gebeten habe, seine Beiordnung an Stelle des RA. Z. zu beantragen, da ersterer die Sache bereits eingehend vorbearbeitet habe. So habe er den Weg gewählt, dem RA. Y. Untervollmacht zu erteilen. An diesen würde er auch nach Beendigung der Instanz und nach Festsetzung der Gebühren „alles Geld“ abgeführt haben. Nach dem Tode des RA. Y. habe er die Untervollmacht dann auf RA. X. weiter übertragen, weil dieser mit der Abwicklung der anhängigen Prozesse vertraut gewesen sei. Daraufhin hat der Vorsitzende der ZK. es bei der Beiordnung des RA. Z. belassen.

Der UrkB. hat nach Beendigung der Instanz den Antrag des — inzwischen als Anwalt gelöschten — früheren RA. Z. auf Festsetzung von Armenanwaltskosten zurückgewiesen, da Z. in dem Rechtsstreit nicht als ArmAnw. tätig geworden sei, die Erteilung von Untervollmachten an andere — nichtarische — Rechtsanwälte aber eine Umgehung des Auftragsverhältnisses darstelle. Z. ist in der Erinnerung hiergegen der Auffassung, daß er nicht zur Umgehung der Ariergesetzgebung gehandelt habe, sondern mit Vorwissen der Kammer weiterhin als ArmAnw. beigeordnet geblieben sei. LG. hat der Erinnerung stattgegeben mit der Begründung, daß der Entsch. des Gerichts nicht die Feststellung unterliege, wie weit im Innenverhältnis ein Prozeßbevollmächtigter und beigeordneter ArmAnw. an den für ihn tätig gewordenen Unterbevollmächtigten empfangene Beträge abzuführen habe. Die Tatsache der Unterbevollmächtigung könne den Staat nicht von der Verpflichtung zur Zahlung der entstandenen Armenanwaltsgebühren befreien.

Die gegen diese Entsch. gerichtete Beschw. der Reichskasse ist begründet.

Verfahrensrechtlich bestehen an sich, wie der Senat in ständiger Rspr. anerkannt hat, keine Bedenken dagegen, daß der ausgeschiedene ArmAnw., d. h. auch der überhaupt aus dem Anwaltsberuf ausgeschiedene ArmAnw., trotzdem noch den für ihn erwachsenen Ersatzanspruch gem. § 4 ArmAnwG. selbst geltend macht. Dieses Recht fließt aus der Funktion des ArmAnw. als solchen und stellt die kostenrechtliche Abwicklung des durch die Beiordnung geschaffenen Verhältnisses dar. Es kann daher durch diese Beendigung, auch wenn sie in dem Verlust der Anwaltseigenschaft ihren Grund hat, ebensowenig berührt werden wie durch Tod des ArmAnw., in welchem Falle seine Erben das Festsetzungsverfahren aus § 4 ArmAnwG. betreiben können.

Sachlich-rechtlich besteht jedoch ein Ersatzanspruch des früheren RA. Z. nicht. Denn der vorstehend festgestellte Sachverhalt zeigt, daß Z. außer der Ausstellung zweier Untervollmachten keine, insbes. nicht die geringste verantwortliche Tätigkeit für die arme Partei entwickelt hat. Daraus allein rechtfertigt sich aber bereits die Versagung des Ersatzanspruchs an die Reichskasse. Denn dieser erwächst nicht etwa allein aus der Tatsache der Beiordnung. Grundlage und Voraussetzung für ihn bildet vielmehr — abgesehen von dem hinzutretenden Auftrag der armen Partei — eine entsprechende Tätigkeit für die Partei (Gaedeke, Komm. z. ArmAnwG. S. 43).

Dabei ist an sich gleichgültig, welcher Art diese Tätigkeit ist (Gaedeke S. 88), sofern sie nur in Erledigung des Auftrags im Rahmen der Beiordnung entwickelt wird und es sich um eine verantwortliche eigene Tätigkeit handelt.

Dieses Erfordernis ergibt sich wie beim Wahl- so auch beim ArmAnw. aus dem Wesen des Auftrags, der sich als entgeltliche Geschäftsbesorgung gem. § 675 BGB. darstellt. Damit ist auch § 613 BGB. anwendbar, wonach der zur Dienstleistung Verpflichtete die Dienste im Zweifel in Person zu leisten hat. Regelmäßig und grundsätzlich hat danach der Anwalt in Person die für die Vertretung der Partei erforderliche Tätigkeit auszuüben. Doch ist ihm nicht verwehrt, im Einzelfalle sich für einzelne Prozeßhandlungen durch einen unterbevollmächtigten Anwalt vertreten zu lassen. Eine Übertragung der gesamten zur Erledigung eines Auftrages notwendigen Tätigkeit auf einen anderen Anwalt dagegen würde mit dem besonderen zwischen Partei und Anwalt herrschenden Vertrauensverhältnis unvereinbar sein und ist deshalb dem Anwalt grundsätzlich versagt.

Bei dem vom Gericht beigeordneten, vom Vorsitzenden des Gerichts ausgewählten ArmAnw. spielen aber außerdem noch andere Erwägungen eine Rolle. Sie ergeben sich aus dem besonderen öffentlich-rechtlichen Verhältnis, in welchem der beigeordnete ArmAnw. dem Staat und der Reichskasse gegenübersteht. Die Beiordnung eines ArmAnw. ist der besondere Staatshoheitsakt, durch welchen das Gericht gerade diesen, gem. § 41 RAO. vom Vorsitzenden ausgewählten Anwalt der Partei unentgeltlich zur Verfügung stellt mit der Maßgabe, daß der beigeordnete ArmAnw. verpflichtet ist, das ihm nunmehr von der Partei übertragene Mandat anzunehmen und auszuführen. Dabei ist an sich unerheblich, welche Gesichtspunkte für die vom Vorsitzenden zu treffende Auswahl und die dann folgende Beiordnung im einzelnen Falle maßgebend sind. Wesentlich ist nur die Tatsache, daß Auswahl und Beiordnung nach bestimmten

Gesichtspunkten erfolgen, sei es, daß der von der Partei als Anwalt ihres Vertrauens bezeichnete Anwalt beigeordnet wird, sei es, daß ein für die Bearbeitung des besonderen Falles dem Vorsitzenden vorzugsweise geeignet erscheinender Anwalt ausgewählt wird, sei es, daß verhindert werden soll, daß ein nach den geltenden Bestimmungen als aus der Reichskasse zu honorierender Anwalt nicht in Frage kommender — z. B. ein nichtarischer — Anwalt beigeordnet wird. Die Auswahl erfolgt mithin nicht allein unter dem Gesichtspunkt der Interessen der Partei, sondern zugleich und keineswegs weniger maßgeblich auch unter höheren, rechtspolitischen Gesichtspunkten, die es vertretbar erscheinen lassen, eine Haftung der Reichskasse gegenüber dem besonderen ausgewählten und beigeordneten Anwalt entstehen zu lassen.

Daraus bereits ergibt sich zwangsläufig, daß noch weniger als der Wahlanwalt der beigeordnete ArmAnw. in seiner Entschließung frei ist, ob er überhaupt in eigener Person tätig werden oder ob er die gesamte Abwicklung seines Auftrages und damit gleichsam seine Beiordnung einem anderen Anwalt übertragen will. Allein schon der Umstand, daß damit — rein objektiv — die Umgehung der Beiordnung und die Vereitelung der für diese etwa bewußt maßgeblich gewesenen Gesichtspunkte ermöglicht, darüber hinaus aber auch subjektiv eine etwa gewollte Umgehung der Beiordnung erleichtert würde, zeigt, daß ein solches Verfahren unzulässig ist. Es würde dazu führen, mittelbar die Begründung der Haftung der Reichskasse demjenigen Anwalt gegenüber herbeizuführen, den der beigeordnete ArmAnw. — von sich aus oder auf Veranlassung seiner Partei — als Vertreter der Partei bestellt. Die Reichskasse könnte so in die Lage versetzt werden, einem Anwalt seine Tätigkeit — wenn auch mittelbar auf dem Wege über den formell beigeordneten Anwalt — vergüten zu müssen, obwohl durch die vom Vorsitzenden getroffene Auswahl gerade dieses Ergebnis bewußt vermieden werden sollte.

Rechtsgrundsätzlich kann daher die Berechtigung eines beigeordneten ArmAnw., für eine nicht von ihm, sondern ausschließlich von einem durch ihn unterbevollmächtigten Anwalt ausgeübte Tätigkeit einen Ersatzanspruch an die Reichskasse geltend zu machen, nicht anerkannt werden. Offenbleiben kann dabei die Frage, wieweit im Einzelfalle nach der besonderen Sachlage (z. B. Erkrankung des beigeordneten Anwalts und dadurch notwendige allgemeine Vertretung) Ausnahmen von diesem Grundsatz zuzulassen sind.

Im vorl. Falle handelt es sich nun darum, daß Z. trotz seiner Beiordnung in keiner Weise irgendwie zur Abwicklung des ihm von der Partei übertragenen Auftrages tätig geworden ist. Insofern unterscheidet sich dieser Fall grundlegend von dem vom OLG. Frankfurt am 13. Aug. 1935 (JW. 1935, 744) entschiedenen Falle, in welchem der beigeordnete ArmAnw. sich darauf beschränkt hatte, die vom Prozeßbevollmächtigten des ersten Rechtszuges gefertigten Schriftsätze zu unterzeichnen und einzureichen. Im Gegensatz zu der vom OLG. Frankfurt entwickelten Auffassung, daß es sich schon dabei um einen mit einer ordnungsmäßigen Prozeßvertretung schlechthin unvereinbaren Verstoß handele, der die vom Gesetzgeber getroffenen Vorschriften über die Beschränkung der Zulassung der Anwälte jeder Bedeutung beraube und das Tätigkeitsfeld der oberlandesgerichtlichen Anwälte einzuengen imstande sei, kann ein solches Verfahren, selbst wenn es dem wirklichen Interesse der Partei widersprechen sollte, die Versagung des Ersatzanspruchs für den beigeordneten Anwalt nicht rechtfertigen. Denn der — vom OLG. Frankfurt nicht gewürdigte — entscheidende Gesichtspunkt ist der, daß der prozeßbevollmächtigte ArmAnw. allein schon mit der Unterzeichnung (und Einreichung) der Schriftsätze die volle Verantwortung für deren Inhalt und damit für die Sachgemäßheit der materiellen Behandlung des Prozesses übernimmt (so auch Gaedeke, Komm. z. ArmAnwG., S. 139 unten). Nur dafür hat er einzustehen. Ein Kontrollrecht darüber, inwieweit der ArmAnw. sich zur Erledigung seiner Tätigkeit intern irgendwelcher Hilfspersonen bedient, steht der Reichskasse nicht zu. Es genügt vielmehr zur Begründung des Ersatzanspruchs an die Reichskasse, daß der beigeordnete ArmAnw. nach außen hin verantwortlich handelnd — durch Unterzeichnung und Einreichung der Schriftsätze für die Partei, durch die Wahrnehmung der Termine — auftritt. Hier kann nun selbst von einer derartigen, sich vielleicht auf die „Oberleitung" des Verfahrens beschränkenden, also eingeengten, aber immerhin eigenen verantwortlichen Tätigkeit des ArmAnw. nicht die Rede sein. Vielmehr hat schon von Einreichung der Klage an die Bearbeitung der Sache an Stelle von Z. zunächst RA. Y. und — nach dessen Tode — weiterhin RA. X. übernommen. Besonders bezeichnend ist dabei, daß Z. nach seiner eigenen Erklärung sogar erst durch Einsichtnahme in die Gerichtsakten sich davon überzeugen mußte, wer denn eigentlich sein eigener Substitut sei. Besser kann die völlige Verantwortungslosigkeit des von dem beigeordneten ArmAnw. eingeschlagenen Verfahrens und seine völlige Untätigkeit zur Erledigung des ihm übertragenen Mandats — die bloße Ausstellung zweier Untervollmachten kann als solche nicht gewertet werden — nicht gekennzeichnet werden.

Danach kann es hier dahingestellt bleiben, wem — ob einem arischen oder nichtarischen Anwalt — er die Bearbeitung der Sache in Untervollmacht übertragen hat, und kann ferner dahingestellt bleiben, ob diese Übertragung im Interesse seiner Partei sachgemäß war, schließlich auch, ob etwa in doloser Weise bewußt zur Umgehung der Beiordnungsvorschriften, und um etwa einem ausdrücklich nicht beigeordneten Anwalt mittelbar doch einen Ersatzanspruch gegen die Reichskasse zu verschaffen, von Z. gehandelt worden ist. Denn auch wenn alle diese Gesichtspunkte nicht zutreffen, scheitert der von ihm jetzt geltend gemachte Ersatzanspruch an die Reichskasse daran, daß der beigeordnete ArmAnw. eine eigene verantwortliche Tätigkeit nicht, auch nicht zu nur allergeringstem Teile, entwickelt hat, sondern regelrecht die Beiordnung weiter übertragen hat. Dadurch ist weder für ihn noch etwa mittelbar oder gar unmittelbar für den wirklichen Sachbearbeiter irgendein Anspruch an die Reichskasse erwachsen.

An dieser Beurteilung vermag auch der Umstand nichts zu ändern, daß der Vorsitzende der ZK. trotz Kenntnis der Sachlage und trotz der von ihm bereits gegen ein solches Verfahren des beigeordneten Anwalts geäußerten Bedenken es bei der Beiordnung des Z. belassen hat. Selbst wenn — was an sich nicht anzunehmen ist — darin eine ausdrückliche Billigung der Bearbeitung der Sache durch Substituten enthalten sein sollte, würde auch diese — außerhalb der Funktionen des beiordnenden Gerichts oder Vorsitzenden liegende — Billigung für die Haftung der Reichskasse ohne Bedeutung sein.

Der UrkB. hat daher mit Recht die von dem früheren RA. Z. beantragte Festsetzung von irgendwelchen Kosten aus der Reichskasse abgelehnt.

(KG., 20. ZivSen., Beschl. v. 23. Jan. 1937, 20 W 330/37.)

*

29. § 1 ArmAnwG.; § 115 Ziff. 1 ZPO. Kosten eines vom ArmAnw. zugezogenen Taubstummendolmetschers als gerichtliche Auslagen, wenn entsprechender Beschluß des Prozeßgerichts — auch nachträglich — ergeht.

Der dem Bekl. im Armenrecht beigeordnete RA. S. hat nach Beendigung des Prozesses vor dem LG. mitgeteilt, daß er sich zur Verständigung mit dem taubstummen und schreibungewandten Bekl. der Hilfe des gerichtlich beeidigten Taubstummen-Dolmetschers X. bedient habe. Er hat unter Bezugnahme auf die Rspr. des Senats beantragt, den Armenrechtsbeschluß dahin zu erweitern, daß auch die Kosten des Dolmetschers aus der Reichskasse zu erstatten seien. LG. hat daraufhin seine Entsch. über die Bewilligung des Armenrechts für den Bekl. dahin ergänzt, daß auch die Kosten des Taubstummen-Dolmetschers insoweit aus der Reichskasse zu erstatten seien, als sie zur Verständigung zwischen dem Bekl. und dem ihm im Armenrecht beigeordneten Anwalt erforderlich gewesen seien.

Auf Grund der dem Antrag des ArmAnw. beigefügten Liquidation des Dolmetschers hat LG. zunächst die diesem zu erstattenden Kosten festgesetzt. Es hat indes diese Festsetzung wieder aufgehoben und den Anspruch des Dolmetschers für erloschen erklärt, da er ihn nicht binnen drei Monaten nach Beendigung der Zuziehung bei dem zuständigen Gericht angebracht habe.

Gegen diesen Beschluß hat RA. S. Beschw. erhoben und in Ergänzung derselben dann noch eine vom Dolmetscher selbst geschriebene, „im Namen des Dolmetschers X." verfertigte Begründung überreicht.

Die Beschw. mußte zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses führen.

Der Senat hat bereits in seiner Entsch. v. 2. Febr. 1935 (JW. 1935, 792) seine Rechtsauffassung zu der Frage, ob und inwieweit die Kosten eines vom ArmAnw. zum Zwecke der Verständigung mit einer taubstummen Partei zugezogenen Dolmetschers vom Armenrecht gedeckt werden und von der Reichskasse zu tragen sind, niedergelegt. Er ist dabei von der Erwägung ausgegangen, daß derartige Kosten sich stets nur als Kosten der Partei selbst darstellen und deshalb weder vom ArmAnw. selbst als seine eigenen Auslagen noch an sich vom Dolmetscher dem Gericht gegenüber als gerichtliche Auslagen geltend gemacht werden können. Der Senat hat auch verneint, daß der Armenrechtsbeschluß selbst etwa eine Grundlage dafür bilde, daß die arme Partei ohne weiteres für solche Zwecke von ihr aufgewandte Kosten aus der Reichskasse erstattet verlangen könne. Denn der Rahmen der Haftung der Reichskasse sei in § 115 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO. festgelegt und umfasse jedenfalls ausdrücklich Auslagen der armen Partei selbst nicht.

Gleichwohl ist aber in der genannten Entsch. bereits anerkannt, daß gegen die rechtliche Wirksamkeit einer Erweiterung des Armenrechts durch besondere gerichtliche Entsch. dahin, daß auch an sich der Partei erwachsende Auslagen als gerichtliche Auslagen auf die Reichskasse übernommen würden, keine Bedenken zu erheben seien. Eine solche Anordnung regelt die Rechtsbeziehungen der armen Partei zur Reichskasse und schafft die Grundlage für eine Haftung der Reichskasse auch für derartige Auslagen.

In diesem Sinne ist deshalb auch der „Ergänzungs"beschluß des LG. zu verstehen, durch den ausdrücklich die Dolmetscherkosten, die durch die Verständigung zwischen ArmAnw. und Partei erwachsen sind, der Haftung der Reichskasse mit unterworfen worden sind.

Grundlegende rechtliche Bedenken können daraus, daß diese Anordnung erst nach Beendigung des Rechtsstreits und insbes. nach erfolgter Hinzuziehung des Dolmetschers getroffen worden ist, nicht hergeleitet werden. Denn wenn eine solche Anordnung sich — wie dies nach der Auffassung des Senats der Fall ist — als Teil der Armenrechtsbewilligung darstellt, dann besteht auch kein rechtliches Hindernis, genau wie im übrigen so auch diesem Teil der Armenrechtsentscheidung rückwirkende Kraft beizulegen (so auch Gaedeke, Komm. zum ArmAnwG. S. 109). Eine solche rückwirkende Anordnung ist — woran der Senat in ständiger Rspr. festgehalten hat — in jedem Falle für die kostenrechtliche Abwicklung maßgebend und bindend ohne Rücksicht darauf, ob die tatsächlichen Voraussetzungen für eine Rückwirkungsanordnung gegeben waren. Wenn auch hier der Beschluß nicht ausdrücklich die Rückwirkung ausspricht, so ergibt doch allein schon die Tatsache, daß er erlassen worden ist, den Willen des Gerichts, damit rückwirkend die bereits entstandenen Dolmetscherkosten zu erfassen.

Diese Dolmetscherkosten sind folglich als gerichtliche Auslagen des Verfahrens anzusehen und demgemäß aus der Reichskasse zu erstatten.

Zweifelhaft kann sein, in welcher Weise sich die Festsetzung und Erstattung gestaltet. Der Senat hat bereits in der erwähnten Entsch. für unbedenklich erklärt, daß in solchem Falle dem Dolmetscher seine Kosten nach Maßgabe der ZeugGebO. unmittelbar aus der Reichskasse angewiesen und gezahlt werden, nicht anders, als wenn von Anfang an der Sachverständige vom Gericht bestellt worden wäre. Mithin konnte auch, wie geschehen, auf die Liquidation des Dolmetschers hin die Festsetzung seiner Gebühren erfolgen. Wenn nunmehr zunächst der ArmAnw. gegen den diese Festsetzung wieder aufhebenden Beschluß Beschw. erhoben hat, so ist durch die eingereichte Begründung der Beschw. „im Namen des Dolmetschers" jedenfalls klargestellt, daß der ArmAnw. hier im Namen des Dolmetschers, nicht im eigenen Namen, was unzulässig gewesen wäre, gehandelt hat.

Sachlich war für eine Aufhebung der bereits erfolgten Festsetzung kein Raum. Denn wenn man davon ausgeht, daß erst durch einen ausdrücklichen Armenrechtsergänzungs- (erweiterungs-) Beschluß eine Haftung der Reichskasse hinsichtlich dieser Kosten begründet und damit erst jetzt für den Dolmetscher ein Anspruch an die Reichskasse eröffnet wird, dann ist erst damit der Begriff der „Zuziehung" i. S. des § 19 ZeugGebO. erfüllt, so daß die Dreimonatsfrist dieser Bestimmung nicht vom Abschluß der Tätigkeit des Dolmetschers, sondern erst von der Bekanntgabe der gerichtlichen Anordnung ab rechnet. Der Anspruch des Dolmetschers ist daher nicht erloschen.

An diesem Ergebnis ändert sich auch dann nichts, wenn man davon ausgeht, daß die Zahlung an ihn nicht unmittelbar, sondern auf dem Wege über die Partei, zu deren Gunsten die Übernahme der Dolmetscherkosten auf die Reichskasse erfolgt ist, zu erfolgen hätte. Denn auch für sie entsteht ein Anspruch an die Reichskasse erst mit der Anordnung des Gerichts, deren Rückwirkungstermin die Tatsache unberührt läßt, daß nunmehr erst ein Anspruch überhaupt geltend gemacht werden kann. Nur unter dieser Voraussetzung kann aber die Dreimonatsfrist des § 19 ZeugGebO. zu laufen beginnen.

(KG., 20. ZivSen., Beschl. v. 30. Jan. 1937, 20 W 462/37.)

Bemerkung: vgl. den Aufsatz Gaedeke in diesem Heft S. 521.

*

30. § 1 ArmAnwG.; § 50 RAGebO. *Durch freiwillige Aufgabe der Zulassung verliert der ArmAnw. nicht seinen Gebührenanspruch.*

Die Beschw. kann von vornherein schon deshalb keinen Erfolg haben, weil sie ein Rechtsverhältnis betrifft, das bereits im November 1934 auf Grund einer Rechtsauffassung abgewickelt worden ist, die der Senat in seinem Beschlusse 7 W 107/35 v. 16. April 1935 ausdrücklich gebilligt hat und die deshalb für den hiesigen Oberlandesgerichtsbezirk bis heute maßgebend geblieben ist. Bei dieser Sachlage würde eine Änderung in der Rspr. des Senats, die mit der vorl. Beschw. erstrebt wird, für den Gebührenanspruch des früheren Rechtsanwalts und jetzigen Notars B. keine Bedeutung mehr erlangen können; denn es ist feste Rspr. des Senats, daß eine nachträglich gewandelte Rechtsanschauung die Beschw. in einer Sache nicht mehr rechtfertigen kann, die gemäß dem früheren Stande der Rspr. völlig abgewickelt und erledigt ist (Beschl. 7 W 213/33 v. 14. Nov. 1933; vgl. auch KG.: JW. 1931, 3574). Der Umstand, daß hier die Beschw. auf Veranlassung des Rechnungshofes des Deutschen Reiches eingelegt worden ist, vermag daran nichts zu ändern.

Darüber hinaus gibt die von der Reichskasse angeführte Rspr. des KG. und einiger ihm folgender OLG. dem Senat aber auch keinen Anlaß, von seiner in dem Beschlusse 7 W 107/35 (HöchstRRspr. 1935 Nr. 1259; JW. 1935, 2301) niedergelegten Rechtsauffassung über den Gebührenanspruch des seine Zulassung freiwillig aufgebenden ArmAnw. abzugehen. Zu der Rspr. des KG. (JW. 1934, 2496 und später JW. 1935, 1044, 2293) hat der Senat bereits in seinem vorbezeichneten Beschlusse Stellung genommen. Zu Unrecht wird die dort vertretene Auffassung von Gaedeke (JW. 1935, 2242, 2302) als veraltet und überholt bezeichnet. Die von Gaedeke und dem KG. hervorgehobene Stellung des Rechtsanwalts als Organ der Rechtspflege ist im alten Staate nicht weniger als im neuen eine öffentlich-rechtliche gewesen. Diese Stellung wird auch keineswegs dadurch verstärkt, daß er der Partei im Armenrecht beigeordnet wird; denn die Beiordnung ist nur ein Ausfluß der öffentlich-rechtlichen Stellung des Rechtsanwalts, nicht aber gelangt durch sie die Stellung des Rechtsanwalts als Organ der Rechtspflege zu gesteigerter Bedeutung. Der Umstand allein, daß der ArmAnw. aus öffentlichen Mitteln honoriert wird (KG.: JW. 1934, 2496), kann zu einer anderen Auffassung nicht führen. Dies gilt um so mehr, als Gaedeke und mit ihm das KG. anerkennen, daß Ausgangspunkt für die Entsch. zunächst das Verhältnis des Anwaltes zu seiner Partei sein muß. Daß dieses Verhältnis es erfordere, dem Anwalt die freiwillige Aufgabe seiner Zulassung vor Erledigung des Prozeßauftrags als Verschulden anzurechnen, vermag der Senat nicht zuzugeben

Gerade aus der öffentlich-rechtlichen Stellung des Rechtsanwalts hat RGZ. 33, 370 hergeleitet, daß eine Pflicht des Anwalts seine Stellung bis zur Erledigung des Auftrags beizubehalten, nicht besteht, und daß es deshalb auch nicht als vertragswidriges Verhalten angesehen werden kann, wenn er aus triftigen Gründen, deren Würdigung nur seiner eigenen Erwägung überlassen bleiben kann, seine Zulassung aufgibt. Daß diesen Darlegungen gegenüber auch der von Weber (JW. 1935, 2243) hervorgehobene Gesichtspunkt des für den Pflichtanwalt bestehenden „Kontrahierungszwangs" keine besondere Bedeutung beanspruchen kann, bedarf keiner weiteren Ausführung. Wie Weber selbst anerkennt, hindert dieser Zwang den Pflichtanwalt nicht, durch Aufgabe seiner Zulassung eine vorzeitige Beendigung seines Auftrags herbeizuführen. Wieso unter solchen Umständen der dem Rechtsanwalt in § 50 RAGebO. ausdrücklich gewährleistete Honoraranspruch mit neuem Rechtsdenken unvereinbar sein soll, ist nicht ersichtlich. Wenn das KG. in diesem Zusammenhang die Verantwortlichkeit des einzelnen der Allgemeinheit gegenüber betont, so betrachtet es überwiegend nur die wirtschaftliche Seite der anwaltlichen Berufsausübung, während nach nationalsozialistischer Auffassung jeglicher Beruf nicht nur ein Mittel zum Gelderwerb sein soll, sondern das Feld, auf dem der einzelne seine Kräfte und Anlagen entfaltet, wo er sich bewähren und seine Existenz dem Volksganzen gegenüber rechtfertigen soll (vgl. E. Krieck, Nationalpolitische Erziehung, S. 66 ff.). Von dieser Auffassung aus kann es auch vom Gesichtspunkt des Volksganzen nicht gleichgültig sein, ob ein Anwalt an einer Stelle sitzt, wo er seine Kräfte nicht entfalten kann, oder ob er außerhalb des Anwaltsberufs eine Stellung erstrebt, oder ob er gar in eine solche berufen wird, in der er glaubt, seine Kräfte besser nutzen zu können. Daß mit diesen Fragen die wirtschaftliche Seite der Tätigkeit meist Hand in Hand zu gehen pflegt, liegt in der Natur der Sache; es geht deshalb aber noch nicht an, den Honoraranspruch des nach einer Veränderung strebenden Anwalts als mit den Allgemeininteressen nicht vereinbar zu bezeichnen. Dies gilt besonders, weil anerkanntermaßen eine gesicherte wirtschaftliche Grundlage eine wesentliche Voraussetzung einer freien und unabhängigen Ausübung des Anwaltsberufs bildet, die Standesauffassung sogar verlangt, daß der Anwalt seine Zulassung aufgibt, wenn ein gewisser Grad der allgemeinen Berufsnotlage der deutschen Anwaltschaft bei ihm überschritten ist (EGH. 28, 92; vgl. Bach: JW. 1935, 2302 Anm. B). Im übrigen ist auch nicht einzusehen, wieso eine Rechts- und Wirtschaftsordnung, die jedem Arbeiter eine gerechte Entlohnung gewährleisten will, diese Entlohnung dem Rechtsanwalt versagen soll, der zwar eine gebührenpflichtige, möglicherweise langdauernde und mühevolle Tätigkeit entfaltet hat, der aber diese — in ihrer Dauer von vornherein gar nicht abzuschätzende — Tätigkeit nicht zu Ende führen kann, weil ihn erst später eingetretene Gründe daran hindern.

(OLG. Köln, 7. ZivSen., Beschl. v. 15. Jan. 1937, 7 W 6/37.)

*

31. § 5 ArmAnwKostG.; § 50 RAGebO. Notwendigkeit des Anwaltswechsels bei Vertretung einer nichtarischen Partei durch einen ArmAnw., der Parteigenosse ist.

Der Kl. sind durch rechtskräftig gewordenes Urteil des OLG. die Kosten des gegen den Bekl. R. geführten Rechtsstreits mit einer hier nicht in Betracht kommenden Ausnahme auferlegt worden. Der UrkB. der Geschäftsstelle des OLG. hat die im zweiten Rechtszug erfallenen gerichtlichen Gebühren und Auslagen sowie die aus der Reichskasse an die beiden, nacheinander für den BerKl. R. bestellten Armenanwälte H. und E. in Ansatz gebracht. Die Erinnerung der BerBekl. macht geltend, die Bestellung eines anderen Anwalts an Stelle von RA. H. sei nicht notwendig gewesen, denn dieser habe das Mandat für R. in Kenntnis der Tatsache, daß R. Nichtarier sei, übernommen und sei deshalb auch verpflichtet gewesen, die Vertretung durchzuführen, die Erinnerungsführerin brauche deshalb die an H. gezahlten Armenanwaltskosten nicht zu erstatten. Die Bemängelung ist ungerechtfertigt.

Als RA. H., der Parteigenosse ist, die Vertretung des R. zwecks Einlegung der Berufungen gegen das landgerichtliche Teil- und Schlußurteil übernahm, etwa im August und Oktober 1934, war er hieran durch kein Verbot der NSDAP. gehindert. Denn nach den Richtlinien der Rechtsabteilung der NSDAP.-Reichsleitung zur Durchführung der Anordnung v. 16. Aug. 1934 (zu dem sog. Judenerlaß des Stellvertreters des Führers) war den Parteigenossen nur untersagt, die Vertretung eines Juden gegen einen Parteigenossen zu übernehmen, und auch das nur mit der Einschränkung, daß bei Bekanntmachung der Anordnung bereits übernommene Vertretungen bis zur Beendigung der schwebenden Instanz weitergeführt werden durften. Der Erinnerungsführer hat nicht vorgetragen, daß er Parteigenosse ist oder damals war und dies dem RA. H. bekannt war. Eine Änderung der Sachlage trat für diesen Anwalt ein, nachdem ihm das Rundschreiben des Reichsrechtsamtes Nr. 38/35 v. 7. Aug. 1935 bekanntgeworden war, wonach jeder Rechtsanwalt aus der Partei ausgeschlossen wird, der vor Gericht oder anderen staatlichen oder privaten Stellen einen Juden gegen einen anderen deutschen Volksgenossen — mag dieser Parteigenosse sein oder nicht — vertritt. Nunmehr war RA. H. gezwungen, die Vertretung des R. niederzulegen und es ergab sich für den in der Sache erk. Sen. die Notwendigkeit einen anderen Rechtsanwalt, der nicht Parteigenosse war, mit der Vertretung des R. im Armenrecht zu betrauen. Die Ausführungen der Erinnerungsführerin über das ungehörige Verhalten des RA. H. gehen daher fehl. Der Anwaltswechsel beruhte nicht auf einem Verschulden des RA. H., das seinen Mandanten und damit auch die Reichskasse berechtigt hätte, ihm die Auszahlung der Gebühren zu verweigern (vgl. § 50 RAGebO.), ebensowenig brauchte sich RA. E. die an seinen Vorgänger gezahlten Gebühren und Auslagen auf den ihm erwachsenen Ersatzanspruch gegen die Reichskasse anrechnen zu lassen.

(OLG. Düsseldorf, Beschl. v. 20. Jan. 1937, 1 W 20/37.)

*

32. §§ 114 ff., 936 ZPO. In Ehesachen gilt die Bewilligung des Armenrechts für den Hauptrechtsstreit jedenfalls dann auch für die EinstwVfg., wenn das Gericht die Bewilligung soweit erstrecken wollte.

Das OLG. Braunschweig hat seit Jahren, abweichend von den meisten OLG. und dem Schrifttum, an der Ansicht festgehalten, die Armenrechtsbewilligung und Anwaltsbeiordnung in Ehesachen erstrecke sich regelmäßig auf die EinstwVfg. nach § 627 ZPO. Die mit dem jetzigen Streitfall befaßt gewesene Kammer des LG. hat sich dieser seit Jahren durchaus festen Rspr. des OLG. Braunschweig angeschlossen. Sie hat das nicht nur und nicht erst im Streitfalle getan. Der UrkB. hat vielmehr bereits gewußt, daß die Kammer ihre Armenrechtsbewilligungen in Ehesachen so verstanden wissen wollte. Er hat deshalb die Erinnerung des derzeitigen Vorstands des Verwaltungsbüros der Kammer mit dem Vermerke vorgelegt: „In Rücksicht auf den bekannten Standpunkt der 4. ZK. will ich den Beschluß vom 28. Febr. 1935 nicht abändern." Nach der Begründung des angefochtenen Beschlusses und nach den Erklärungen des UrkB. und des beigeordneten Rechtsanwalts kann kein Zweifel sein, daß das LG. mit seiner Armenrechtsbewilligung und Anwaltsbeiordnung in der Hauptsache zugleich das einstweilige Verfügungsverfahren hat erfassen wollen und daß dieser Erklärungswillen des LG. vom UrkB. und ArmAnw. aus der abgegebenen Erklärung (Armenrechtsbeschluß) auch zutreffend entnommen ist. Der Armenrechtsbeschluß war nach seinem Wortlaut dieser Auslegung zugänglich und ein hinreichender Ausdruck des Erklärungswillen des LG. Man könnte dagegen sagen, die Worte „soweit Vertretung erforderlich" ständen dem entgegen, weil ja der Antrag auf EinstwVfg. nach §§ 936, 920 Abs. 3, 78 Abs. 2 ZPO. nicht unter den Anwaltszwang fällt. Diesen Gedanken hat das OLG. jedoch schon in dem Beschl. 1 W 175/29 zurückgewiesen. Dort hat das OLG. die Worte als Wiederholung aus § 115 Ziff. 3 ZPO. gekennzeichnet und weiter ausgeführt, sie brächten im Gesetz nur das Recht der armen Partei auf ArmAnw. für den Anwaltsprozeß zum Ausdruck und ließen deshalb keinen sicheren Schluß auf den Umfang des bewilligten Armenrechts zu. Noch weniger ergeben die Worte

„für die erste Instanz" einen auslegungsfeindlichen eindeutigen Sinn. Darum was die „Instanz" umfaßt, dreht sich gerade der Streit unter den OLG. Der Wortlaut des Armenrechtsbeschlusses ist also nicht so eindeutig, daß für seine Auslegung i. S. einer die EinstwVfg. mitumfassenden Armenrechtsbewilligung und Armenanwaltsbeiordnung kein Raum wäre.

Wie der jetzt angefochtene Beschluß des LG. zeigt, will das LG. die Wirkung seiner Armenrechtsbewilligung nicht auf jeden, etwa auch den „von vornherein gänzlich aussichtslosen" Antrag auf EinstwVfg. erstrecken. Das LG. stellt ausdrücklich fest, daß der ArmAnw. mit seinem Antrag auf EinstwVfg. pflichtgemäß gehandelt habe. Die Erstreckung des für die Hauptsache bewilligten Armenrechts auf das einstweilige Verfügungsverfahren soll nach dem Willen des LG. nur für die Anträge auf EinstwVfg. gelten, die der ArmAnw. bei pflichtmäßiger Wahrnehmung der Rechte der armen Partei mit einer gewissen Aussicht stellen kann und muß. Ähnliche Erwägungen hat in anderer Sache auch das OLG. angestellt (1. Sen., BraunschweigZ. 81, 18). Im Ergebnis gelangt man damit etwa dahin, daß die Armenrechtsbewilligung in der Hauptsache das einstweilige Verfügungsverfahren nur dann umfaßt, wenn einem für das einstweilige Verfügungsverfahren gesondert gestellten Armenrechtsgesuche gleichfalls hätte entsprochen werden müssen. Die Auslegung, die alle Beteiligten der landgerichtlichen Armenrechtsbewilligung gegeben haben, bedeutet demnach nicht, daß man dem LG. gleichsam die Ausstellung eines in seinen Wirkungen unübersehbaren Freibriefes für den ArmAnw. unterstellen müßte.

Ob diese Handhabung völlig gesetzmäßig und wirklich einer Vereinfachung ist, bedarf hier keiner Untersuchung. Der erk. Sen. ist sich dahin schlüssig geworden, in seinem Bereich die Zweifelsfrage dadurch auszuräumen, daß er fortan bei Armenrechtsbewilligungen in Ehesachen die Beschränkung auf den Hauptprozeß ausdrücklich aussprechen wird, wie es teilweise auch beim LG. geschehen ist. An dem Einen kann aber nicht gezweifelt werden: die Armenrechtrechtsbewilligung muß, solange sie nicht geändert ist und sofern sie nicht (wovon hier keine Rede sein kann) den Stempel offenbarer Gesetzwidrigkeit an der Stirn trägt, so hingenommen werden, wie sie von dem bewilligenden Gericht ausgesprochen ist (vgl. KG.: JW. 1929, 133 [30]). Die Tatsache dieser Armenrechtsbewilligung ist insbes. für die Kostenfestsetzung maßgebend. Welchen Sinn die Armenrechtsbewilligung im einzelnen hat, ist wie stets im Wege der Auslegung klarzustellen. Die Auslegung ergibt hier als wirklichen Willen des LG. mit Sicherheit die Erstreckung des Armenrechts auf die EinstwVfg.; dieser Wille ist auch für den beigeordneten Anwalt und für den UrkB. nach den Umständen des Falles erkennbar hervorgetreten. Das Reich muß im Kostenfestsetzungsverfahren den Gerichts- und Verwaltungsakt der Armenrechtsbewilligung und Anwaltsbeiordnung so gegen sich gelten lassen, wie der beigeordnete Anwalt und seine Partei den Akt verstehen mußten und durften und im Einklang mit dem Willen des Gerichts tatsächlich verstanden haben (vgl. Naumburg: JW. 1936, 952; KG.: JW. 1935, 1701). Welche Auslegung geboten sein mag, wenn kein fester, allen Beteiligten bekannter Brauch besteht und wenn das bewilligende Gericht sich keine Gedanken über die Tragweite der Bewilligung gemacht hat, ist in diesem Zusammenhange nicht zu erörtern. So wie der Fall hier liegt, sind dem beigeordneten Rechtsanwalt mit Recht die Kosten auch für EinstwVfg. im Rahmen des Armenrechts zugebilligt.

(OLG. Braunschweig, Beschl. v. 10. Dez. 1936, 3 W 114/36.)

*

33. §§ 115 Ziff. 3, 788 ZPO.; §§ 21, 24 GVollzGebO. Der GVollz. kann vor der Sequestration für eine arme Partei von dieser keinen Gebührenvorschuß verlangen.

Nach § 115 Ziff. 3 ZPO. hat die arme Partei Anspruch darauf, daß ihr zur vorläufigen unentgeltlichen Bewirkung von Vollstreckungshandlungen ein GVollz. beigeordnet wird. Diese Beiordnung wäre sinnlos, wenn der GVollz. für seine Tätigkeit noch einen Kostenvorschuß verlangen könnte. Deshalb bestimmt auch § 21 GVollzGebO., daß der GVollz., der im Armenrecht beigeordnet wird, die Gebühren zu stunden hat. Nach § 24 GVollzGebO. werden ihm seine baren Auslagen (Fuhr- und Lagerkosten) durch die Staatskasse ersetzt. Von diesen Bestimmungen ist eine Sequestration durch den GVollz., die nach richtiger Ansicht zu den Zwangsvollstreckungshandlungen gehört (Baumbach zu § 788 Anm. 26), nicht ausgenommen. Die Entsch. des OLG. Hamburg (OLG. 43, 167), auf die das LG. verweist, trifft nicht diesen Fall. Sie befaßt sich mit der Frage, ob ein Dritter, der als Sequester bestellt wird, seine Kosten durch die Staatskasse ersetzt erhält. Hier handelt es sich aber nicht um die Tätigkeit einer Privatperson, sondern um die Durchführung einer Zwangsvollstreckungsmaßnahme durch den GVollz. Diese muß der GVollz. unter Stundung seiner Gebühren vornehmen.

(OLG. Hamburg, Beschl. v. 19. Nov. 1936, 4 W 253/36.)

*

34. § 118 a ZPO.; §§ 13 Ziff. 1 und 3, 23 Ziff. 6 RAGebO. Beiordnung eines ArmAnw. nur für das Armenrechtsverfahren und Vergleich nach § 118 a ZPO. ist unzulässig. Zulässig dagegen Beiordnung für einen gleichzeitig schwebenden Prozeß, die dann auch das Armenrechtsverfahren und den darin geschlossenen Vergleich umfaßt. — Höhe der in solchem Fall erwachsenden Prozeß- und Vergleichsgebühr.

RA. M. als Prozeßbevollmächtigter des Kl. hat die Klage in Gerichtsabschrift, Urschrift und zwei beglaubigten Abschriften sowie Vollmacht auf sich eingereicht und zugleich unter Beifügung eines Armutszeugnisses beantragt, dem Kl. das Armenrecht zu bewilligen. LG. hat nach schriftsätzlichen Auseinandersetzungen zwischen den Parteien Termin zur Verhandlung im Armenrechtsverfahren gem. § 118 a ZPO. vor dem beauftragten Richter anberaumt. In diesem Termin sind beide Parteien, der Kl. auch vertreten durch seinen Prozeßbevollmächtigten, erschienen. Es ist ein Vergleich protokolliert worden. Vor Abschluß der Protokollierung ist auch der Prozeßbevollmächtigte der Bekl. erschienen und nunmehr folgender Beschluß der ZK. verkündet worden:

> Dem Kl. wird an Stelle der Bewilligung für den Rechtsstreit das Armenrecht für das Armenrechtsvorverfahren und den Vergleich bewilligt und ihm in diesem Rahmen der RA. M. beigeordnet.

Alsdann haben die Parteien sich nach Maßgabe der protokollarischen Niederschrift verglichen.

RA. M. hat der Reichskasse eine Prozeßgebühr nebst Auslagen in Rechnung gestellt. Die Festsetzung ist antragsgemäß erfolgt. Gegen sie hat die Reichskasse Erinnerung eingelegt mit der Begründung, daß insgesamt nur zwei Gebühren von je $^{3}/_{10}$ zu ersetzen seien. Der Rechtsstreit sei nicht anhängig geworden. Folglich könne die Gebührenfestsetzung nur in Anwendung des § 23 Ziff. 6 RAGebO., nicht des § 13 daselbst erfolgen.

LG. hat die Erinnerung zurückgewiesen, weil die volle Vergleichsgebühr, außerdem die Prozeßgebühr in Höhe von $^{3}/_{10}$ entstanden sei. Einer Armenrechtsbewilligung und Anwaltsbeiordnung nur für das Armenrechtsvorverfahren stehe nach Auffassung des Prozeßgerichts nichts im Wege.

Die Beschw. der Reichskasse geht davon aus, daß das Armenrecht für den Rechtsstreit ausdrücklich abgelehnt worden sei. Damit entfalle die Anwendbarkeit des § 13 Ziff. 3 RAGebO.

Die Beschw. konnte zu einer Herabsetzung der Gebührenfestsetzung nicht führen. Allerdings ist der Beschw. der Reichskasse zuzugeben, daß eine Anordnung des Inhalts, wie er hier vom Prozeßgericht getroffen ist, widersinnig ist. Denn in der Tat bedeutet eine Armenrechtsbewilligung an Stelle einer solchen für den Rechtsstreit nur für das Armenrechtsvorverfahren und einen in diesem zu schließenden Vergleich einen Widerspruch in sich selbst und eine verfahrensrechtliche Unmöglichkeit. Die Vorschriften der §§ 114 ff. ZPO. über die Bewilligung des Armenrechts sind nur für ein Verfahren nach der ZPO. gegeben, d. h. für regelrechte Prozeßverfahren, und demgemäß auf dazu nicht zu rechnende Verfahren ohne weiteres jedenfalls nicht anwendbar (vgl. auch Lindemann: JW. 1936, 3288). Schon daraus ergibt sich, daß nicht für jedwedes

Verfahren, in welchem die Möglichkeit eines Vergleichsschlusses über streitige Rechtsverhältnisse besteht, die Bewilligung des Armenrechts erfolgen kann. Insbesondere hat sich das Prozeßgericht mit einer bloß gütlichen Erledigung widerstreitender Meinungen zweier Parteien nicht zu befassen. Hierfür sind — wenn man einmal von dem dem amtsgerichtlichen Verfahren vorgeschalteten Güteverfahren absieht — besondere Verfahren außerhalb des Prozesses vorgesehen (Lindemann a. a. O.). Die Zuständigkeit des Prozeßgerichts und damit die Zulässigkeit der Armenrechtsbewilligung durch das Prozeßgericht beschränkt sich also auf das regelrechte Prozeßverfahren, wie es außerhalb der §§ 114—127 ZPO. in der Prozeßordnung seine Regelung gefunden hat. Damit entfällt auch die rechtliche Handhabe, Parteien, zwischen denen ein im Prozeßverfahren auszutragender Streit besteht, für die Erledigung desselben ohne Inanspruchnahme des Gerichts, d. h. für einen außergerichtlich zu schließenden Vergleich, das Armenrecht zu bewilligen (so auch schon Gaedeke: JW. 1936, 2620). Schon unter diesem Gesichtspunkt erweist sich die Bewilligung des Armenrechts nur für das Armenrechtsverfahren — das seinerseits selbst nur ein zwar prozeßähnliches, aber gleichwohl Verwaltungsverfahren zwischen armer Partei und Staat ist — als unzulässig und der Rechtsgrundlage entbehrend.

Davon abgesehen, ist die Bewilligung des Armenrechts für das Armenrechtsverfahren selbst, d. h. also dasjenige Verfahren, mit dessen Hilfe die Bewilligung des Armenrechts gerade erstrebt wird, eine begriffliche Unmöglichkeit. Der Senat schließt sich insoweit den überzeugenden Ausführungen von Gaedeke: JW. 1935, 2865 und 1936, 2620 an und verneint auch aus dieser Erwägung die rechtliche Möglichkeit wie Zulässigkeit einer Armenrechtsbewilligung allein für ein Armenrechtsverfahren schlechthin (ebenso OLG. Jena v. 27. Okt. 1936: JW. 1937, 253).

Das kann um so weniger zweifelhaft sein, als gerade die in § 118 a ZPO. vorgesehene Möglichkeit eines Vergleichsschlusses bereits im Armenrechtsverfahren ihre Einschaltung in das Armenrechtsverfahren nur der Erwägung und dem Zweck verdankt, die Bewilligung des Armenrechts zu ersparen. Nur unter diesem Gesichtspunkt erklärt sich die an sich systemwidrige Zulassung dieses einem gerichtlichen Prozeßvergleich völlig gleichstehenden (§ 794 Ziff. 1 ZPO.) Vergleichs außerhalb des Prozeßverfahrens, d. h. eine Anomalie, die sich eben nur dadurch rechtfertigen läßt, daß ein solcher Vergleichsabschluß in der besonders erleichterten Form — der Zuziehung Prozeßbevollmächtigter bedarf es dabei nicht, das Verfahren ist gebührenfrei — die Bewilligung des Armenrechts und Anwaltsbeiordnung, mithin Aufwendungen der Reichskasse für die Durchführung des streitigen Anspruchs, überflüssig macht.

Geht man von diesen Erwägungen aus, dann ist für Armenrechtsanordnungen derart, wie sie hier vom LG. getroffen sind, verfahrensrechtlich kein Raum.

Damit entsteht zunächst die Frage, inwieweit solche Anordnungen wirksam sind und gleichwohl eine Haftung der Reichskasse, insbes. dem etwa beigeordneten ArmAnw. gegenüber, zu begründen in der Lage sind. Der Senat hat bereits mehrfach (vgl. auch Gaedeke, Komm z. ArmAnwG. S. 45 und die daselbst angeführten Entsch.) ausgesprochen, daß Armenrechtsanordnungen unklaren und in sich widerspruchsvollen Inhalts gegebenenfalls der materiellen Wirksamkeit entbehren. Andererseits hat der Senat stets daran festgehalten, daß auch an sich unzulässige Anordnungen im Armenrecht, sofern sie nur von der verfahrensrechtlich an sich zuständigen Stelle ergangen sind, rechtsgültige Staatshoheitsakte darstellen, denen also die materielle Wirksamkeit nicht aus dem Grunde versagt werden kann, weil sie an sich der gesetzlichen Grundlage entbehren (so vor allem KG. v. 15. Aug. 1934: Bl. f. Rpfl. 1934, 109).

Indes bedurfte es hier einer abschließenden Entsch. dieser Frage für die Fälle der Armenrechtsbewilligung ausschließlich für isolierte, d. h. ohne ein bereits anhängig gemachtes gerichtliches Verfahren schwebende Armenrechtsverfahren, nicht. Denn im vorl. Falle ist neben dem Armenrechtsverfahren zugleich bereits die Klage durch Einreichung bei Gericht in Lauf gesetzt worden. Hierzu genügt es, auf die Entsch. des Sen. v. 10. Dez. 1933: JW. 1933, 228, und v. 2. Mai 1936: JW. 1936, 2581 (vgl. auch Gaedeke a. a. O. S. 158 und die daselbst noch angeführte Rspr.), zu verweisen, wonach grundsätzlich bei Einreichung von Klage und Armenrechtsgesuch nebeneinander zwei getrennte Verfahren in Lauf gesetzt werden und so insbes. bereits die gerichtliche Prozeßgebühr (§ 74 GKG.) fällig wird. (Insofern ist die aufgestellte Gerichtskostenrechnung, in welcher die gerichtliche Prozeßgebühr nicht enthalten ist, unrichtig. Insbes. wird diese Prozeßgebühr auch nicht durch die Tatsache späteren Vergleichsschlusses im Armenrechtsverfahren irgendwie berührt [vgl. hierzu die Entsch. des Sen. v. 21. Aug. 1936: JW. 1936, 2815.]) Lief aber bereits infolge Einreichung der Klage ein regelrechtes Prozeßverfahren neben dem Armenrechtsverfahren, dann bestanden keine Bedenken, für das Gesamtverfahren, d. h. den Prozeß einschließlich des Armenrechtsverfahrens das Armenrecht zum Zwecke der Erledigung des streitigen Anspruchs möglicherweise bereits vor Beginn einer streitigen Verhandlung über den Anspruch zu bewilligen. Verfahrensrechtliche Bedenken in dieser Hinsicht sind um so weniger zu erheben, als ein nunmehr geschlossener gerichtlicher Vergleich — mag dieser im eigentlichen Prozeßverfahren oder gem. § 118 a ZPO. im Armenrechtsverfahren geschlossen werden — nicht nur den materiellen Anspruch, sondern zugleich auch in jedem Falle das Prozeßverfahren mit umfaßte und damit beide Verfahren beendete (so auch Gaedeke: JW. 1935, 2865).

Diese Rechtslage ist hier gegeben, obwohl LG. in Verkennung derselben dem Kl. „an Stelle der Bewilligung für den Rechtsstreit" das Armenrecht für das Armenrechtsvorverfahren und den in diesem zu schließenden Vergleich bewilligt hat. Diese — wie dargelegt, perplexe und verfahrensrechtlich unmögliche Anordnung ist nach der objektiven Verfahrenslage gleichwohl dahin auszulegen, daß das Armenrecht zur vergleichsweisen Erledigung der schwebenden Verfahren bewilligt werden sollte. Es ist also nicht für das Armenrechtsverfahren, sondern für den durch Einreichung der Klage bereits in Lauf gesetzten Prozeß bewilligt worden. Bedenken gegen die Wirksamkeit der Anordnung können daher aus diesem Grunde nicht erhoben werden. Vielmehr hat die Reichskasse dem beigeordneten ArmAnw. die durch seine Tätigkeit zur vergleichsweisen Beilegung des Rechtsstreits erwachsenen Gebühren zu ersetzen.

RA. M. hat bisher nur eine $^{10}/_{10}$-Gebühr — als Prozeßgebühr — in Höhe von 42 *RM* zuzüglich Umsatzsteuer und Auslagen in Rechnung gestellt, die antragsgemäß festgesetzt worden ist. Die Reichskasse ist jedoch der Auffassung, daß insgesamt nur ein Betrag hätte festgesetzt werden dürfen, der sich aus einer $^{3}/_{10}$-Prozeßgebühr und $^{3}/_{10}$-Vergleichsgebühr zuzüglich Auslagen zusammensetzt. Dieser Auffassung kann jedoch nicht beigetreten werden. Nach dem Dargelegten ist RA. M. als Prozeßbevollmächtigter für den Rechtsstreit beigeordnet worden. Dafür ist ihm die Prozeßgebühr des § 13 Ziff. 1 RAGebO. erwachsen. Für eine Anwendung des § 23 Ziff. 6 RAGebO. ist dabei um so weniger Raum, als diese Vorschrift ohnehin nicht die Erledigung des materiellen, streitigen Anspruchs, sondern nur die Tätigkeit des Anwalts zur Vertretung seiner Partei in dem die Bewilligung des Armenrechts betreffenden Verfahren, d. h. seine Bemühungen um das Armenrecht, nicht um die Durchsetzung des Anspruchs selbst, betrifft. Deshalb hat auch der Senat bereits in seiner Entsch. v. 6. Mai 1935 (JW. 1935, 1700) für in Armenrechtsverfahren gem. § 118 a ZPO. geschlossene Vergleiche dem prozeßbevollmächtigten ArmAnw. die $^{10}/_{10}$-Vergleichsgebühr aus § 13 Ziff. 3 RAGebO. zugebilligt.

Für die Frage, ob die Prozeßgebühr in gleicher Höhe oder gem. § 14 RAGebO. nur in Höhe von $^{5}/_{10}$ erwachsen ist, kommt es allein darauf an, ob auch die Einreichung der Klage bereits durch das Armenrecht gedeckt wird. In dem Falle der bereits erwähnten Entsch. v. 6. Mai 1935 war diese Frage deshalb zu bejahen, weil das Armenrecht ausdrücklich mit Rückwirkung von dem Zeitpunkt der Einreichung bewilligt worden war. Eine derartige ausdrückliche Anordnung fehlt indes hier. Es ist auch nicht der geringste Anhaltspunkt dafür vorhanden, daß eine derartige Rückwirkung vom Prozeßgericht beabsichtigt worden wäre. Da andererseits die Armenrechtsbewilligung zum Ausdruck bringt, daß nur zur nichtstreitigen Erledigung des Prozesses das Armenrecht bewilligt werden sollte,

stellt sich das Erscheinen des Prozeßbevollmächtigten in dem auf Grund des § 118a ZPO. anberaumten Termin nicht als eine in einem Verhandlungstermin (§ 14) entwickelte Tätigkeit dar. Der Auftrag sollte vielmehr ohne einen solchen erledigt werden. Die Rechtslage ist somit hier dieselbe wie in denjenigen Fällen, in denen das Armenrecht auch für weitere bisher nicht rechtshängige Ansprüche zwecks Einbeziehung in einen gerichtlichen Vergleich bewilligt wird. Für diese Fälle hat der Senat in seiner grundsätzlichen Entsch. v. 14. Nov. 1936 (JW. 1936, 3583) anerkannt, daß zwar auch die Prozeßgebühr des § 13 Ziff. 1 RAGebO., indes nur in Höhe von 5/10 erwächst.

Dem beigeordneten ArmAnw. stehen also hier insgesamt 15/10 Gebühren, nämlich die volle Vergleichs- und die 5/10-Prozeßgebühr zu. Der hier festgesetzte Betrag ist aber geringer. Die Festsetzung ist daher nicht zu beanstanden.

(KG., 20. ZivSen., Beschl. v. 23. Jan. 1937, 20 W 277/37.)

*

35. §§ 118a, 127 ZPO. **Weist das Gericht im Armenrechtsverfahren die Ablehnung eines Sachverständigen, den es anhören will, zurück, so ist gegen diesen Beschluß keine Beschwerde zulässig.** †)

Die Vorschrift des § 406 ZPO., die von der Ablehnung von Sachverständigen handelt, steht im 2. Buch der ZPO. und gehört zu den Vorschriften über die Beweisaufnahme im Verfahren vor den LG. Dabei handelt es sich um das auf Klage in Gang kommende Verfahren. Hier dagegen handelt es sich einstweilen noch um das Armenrechtsverfahren, das im 1. Buch der ZPO. geregelt ist. Das Armenrechtsgesuch wird vom Gesetz einer Vorprüfung auf die Aussichten der beabsichtigten Rechtsverfolgung unterworfen. Das Gericht kann dabei nach näherer Bestimmung des § 118a ZPO. gewisse Erhebungen anstellen. Diese Erhebungen stehen nach Art und Bedeutung der Beweisaufnahme im ordentlichen Prozeß nicht gleich. Das Gericht darf dabei nicht weiter gehen, als ihm zur Entsch. über das Armenrechtsgesuch (nicht über die Klage) erforderlich erscheint. Entsprechend der beschränkten Bedeutung des Armenrechtsverfahrens hat das Gesetz auch geringere Sicherungen durch Rechtsmittel vorgesehen als im ordentlichen Prozeß. Die Armenrechtsbewilligung ist unanfechtbar; der Gegner muß sie ohne weiteres hinnehmen. Gegen die Armenrechtsversagung hat der Antragsteller die Beschw., wenn die Versagung nicht vom BG. ausgesprochen ist (§ 127 ZPO.).

Das Armenrechtsverfahren ist also sowohl in seinem Verlauf wie in seinem Abschluß summarischer Natur. Damit verträgt es sich nicht, gegen die Zurückweisung der Ablehnung eines Sachverständigen die sofortige Beschw. zuzulassen. Die Zurückweisung der Ablehnung ist eine der Endentscheidung vorangehende Entsch. Im ordentlichen Prozeß ist die Endentscheidung in der Regel das Urteil, gegen das Berufung, zum Teil auch noch Rev., zulässig sind. Im Rahmen des ordentlichen Prozesses ist es ein vernünftiges Verhältnis, wenn gegen die Zurückweisung der Ablehnung eines Sachverständigen die sofortige Beschw. gegen das Urteil dagegen die Berufung gegeben ist. Denn die sofortige Beschw. ist im Verhältnis zum Urteil das weniger gewichtige Rechtsmittel. Im Armenrechtsverfahren würde es an einem vernünftigen Verhältnis der Rechtsmittel fehlen, wenn man gegen die Zurückweisung der Ablehnung eines Sachverständigen die sofortige Beschw. geben wollte, obwohl gegen die Endentscheidung, wenn sie zugunsten des Antragstellers ausfällt, gar keine Rechtsmittel und sonst dem Antragsteller nur die einfache Beschw. gegeben ist. Wenn dem Antragsgegner jede Anfechtung der Armenrechtsbewilligung versagt ist, kann man ihn auch nicht für befugt erachten, sofortige Beschw. einzulegen, falls er mit der Ablehnung eines Sachverständigen enthört ist, den er etwa als befangen zugunsten des Antragstellers ansieht. Er müßte es sich ja, falls der Antragsteller nicht arm wäre, gefallen lassen, daß ihn der Antragsteller ohne jede zuvorige Sachverständigen-Begutachtung mit der Klage überzöge. Muß sich aber der Antragsgegner im Armenrechtsverfahren mit dem vom Gericht bestimmten Sachverständigen beschwerdelos abfinden, so erscheint es auch nicht angebracht, dem Antragsteller neben der Beschw. gegen die Armenrechtsversagung noch die sofortige Beschw. gegen die Zurückweisung der Ablehnung eines Sachverständigen zu geben. Dem Schutzbedürfnis des Antragstellers wird in diesem summarischen Verfahren durch die Beschw. gegen die Endentscheidung (Armenrechtsversagung) Genüge getan. Daran ändert auch nichts die etwaige Möglichkeit, daß im Falle der Armenrechtsbewilligung das Gutachten aus dem Armenrechtsverfahren etwa auch für die demnächstige Prozeßentscheidung im Wege des Urkundenbeweises für die Entsch. verwertet. Solche Verwertung der Erhebungen aus dem Armenrechtsverfahren darf, wenn überhaupt, immer nur mit Vorsicht und Zurückhaltung geschehen, eben weil jene Erhebungen infolge ihrer summarischen Natur nicht dieselbe Gewähr bieten, wie die Beweisaufnahme im ordentlichen Prozeß. Bei Anwendung dieser Vorsicht und Zurückhaltung wird das Gericht das Gutachten nur dann maßgeblich verwerten, wenn es die Bedenken des ursprünglichen Antragstellers und späteren Kl. gegen die Unbefangenheit des Sachverständigen als unbegründet erachtet, und diese Stellungnahme des Gerichts unterliegt mit dem Endurteil den ordentlichen Rechtsmitteln wie dieses. Bei richtiger Handhabung kann also durch die Versagung der Beschw. gegen die Zurückweisung der Sachverständigen-Ablehnung im Armenrechtsverfahren die arme Partei nicht benachteiligt werden. Nur diese Versagung hält aber die Erhebungen des Armenrechtsverfahrens in den durch das Wesen des Armenrechtsverfahrens vernünftigerweise gebotenen Grenzen. Für eine entsprechende Anwendung des § 406 ZPO. sieht das Gericht daher keinen Raum. Die Beschw. erweist sich damit als unzulässig (§§ 406 Abs. 5, 127, 97 Abs. 1 ZPO.; ebenso Hamburg: Rspr. 9, 139; abw.: Jonas[15], § 406 zu Fußnote 2).

(OLG. Braunschweig, 3. ZivSen., Beschl. v. 24. Dez. 1936 3 W 121/36.)

Anmerkung: Der Entsch. ist unbedenklich beizupflichten. Vielleicht hätte das OLG. Braunschweig nicht einmal so weit auszuholen brauchen, um die Versagung der Beschw. zu begründen. Denn sie hätte ohnehin nur durch eine entsprechende Anwendung des § 406 Abs. 5 ZPO. gerechtfertigt werden können, die naturgemäß die Anwendbarkeit des § 406 überhaupt, d. h. des förmlichen Ablehnungsrechts an sich schon, voraussetzt. Man wird aber ein solches für das Armenrechtsverfahren nicht anerkennen können. Die grundlegende Erwägung hierbei ist folgende: eine jede Maßnahme, die geeignet wäre, das Armenrechtsverfahren seines Charakters als eines summarischen Vorprüfungsverfahrens, das ohnehin nicht zwischen den Prozeßparteien geführt wird, sondern anerkanntermaßen eine Art Verwaltungsverfahren mit dem Ziele der Gewährung der staatlichen Armenrechtsvergünstigung bildet, zu entkleiden, hat für dieses Verfahren auszuscheiden. Das Verfahren hat das Gericht nach seinem Ermessen zu gestalten, insbes. nach seinem Ermessen Art und Umfang etwaiger Erhebungen — die allerdings niemals in eine regelrechte Beweisaufnahme ausarten dürfen — zu bestimmen, vor allem also auch diejenigen Maßnahmen sich auszusuchen, von denen es sich eine genügende Klärung der Aussichten der beabsichtigten Rechtswahrung des Antragstellers verspricht.

Schon diese Erwägung zeigt zur Genüge, daß ein förmliches Ablehnungsrecht — sei es des Antragstellers, sei es des Gegners — niemals in Frage kommen kann. Verfahrensrechtliche „Ansprüche" bestehen in diesem Verfahren für den Gegner überhaupt nicht, für den Antragsteller dagegen nur insoweit, als er Anspruch auf alsbaldige, jede vermeidbare Verzögerung auch wirklich vermeidende Entsch. über sein Gesuch hat. Daraus folgt aber wiederum zwangsläufig, daß die für das ordentliche Verfahren, insbes. für die ordentliche Beweisaufnahme gegebenen Verfahrensvorschriften hier nicht zur Anwendung kommen können, weiterhin aber insbes., daß gerade der Gesuchsteller selbst — ebenso allerdings der Gegner — sich jeden Eingriffs in das Verfahren zu enthalten haben, der zu einer Verzögerung beitragen könnte.

Nur unter der Voraussetzung, dem Sinn des durch entsprechende Rechtsanwendung zu ergänzenden Verfahrens wirklich zu dienen und zu nützen, kann aber stets nur eine „sinn-

gemäße" Anwendung anderweiter Vorschriften in Frage kommen.

Selbst wenn man aber eine „Ablehnung" eines Sachverständigen an sich zulassen wollte, würde damit noch keineswegs auch die Anerkennung eines Beschwerderechts gegen den die Ablehnung zurückweisenden Beschluß des Prozeßgerichts verbunden sein, vielmehr auch hier die „sinngemäße" Anwendung aus den von obiger Entsch. zutreffend herangezogenen Erwägungen zu verneinen sein.

Was allerdings OLG. Braunschweig über die Möglichkeit einer Verwendung des Gutachtens für den ordentlichen Prozeß ausführt, scheint mir nicht ganz schlüssig. Denn eine solche könnte ja nur im Einverständnis der Beteiligten erfolgen, so daß die rechtliche Unmöglichkeit der Ablehnung im Armenrechtsverfahren hier nunmehr durch Versagung der Zustimmung zur Benutzung des Gutachtens ausgeglichen werden könnte.

Als selbstverständlich dagegen würde mir erscheinen, daß eine Partei das Gericht auf begründete Bedenken gegen die Anhörung eines bestimmten, in Aussicht genommenen Sachverständigen hinweisen kann und daß das Gericht solche zu prüfen hat, um damit von vornherein ein Fehlschlagen der beabsichtigten Erhebungen zu vermeiden. Mit einer Ablehnung i. S. des Ablehnungsrechts des § 406 ZPO. hat jedoch ein derartiges Verfahren nichts zu tun und könnte deshalb auch keinesfalls zu einem Angriff gegen die Entschließung des Gerichts im Rechtsmittelwege führen.

KGR. Dr. Gaedeke, Berlin.

*

36. § 124 ZPO. Die Rechtsgrundsätze über das Beitreibungsrecht des ArmAnw. und dessen Verhältnis zur Kostenfestsetzung auf den Namen der armen Partei. Umschreibung, Berichtigung, Ergänzung, Neufestsetzung.

RA. B. als der Bekl. im Armenrecht beigeordneter Anwalt hat seine Kostenrechnung sowie die des zweitinstanzlichen ArmAnw. der Bekl. mit der Bitte um Kostenausgleichung überreicht. Der UrkB. hat daraufhin unter Vornahme der Ausgleichung die von dem Kl. an die Bekl. zu erstattenden Kosten festgesetzt. Nach Zustellung an Kl. hat BeschwF. gebeten, den Kostenfestsetzungsbeschluß dahin zu „ergänzen", daß die Festsetzung auf Grund des § 124 ZPO. erfolgt sei, und auf den Hinweis des UrkB., daß eine solche Ergänzung unzulässig sei und auch einer etwaigen Umschreibung Bedenken entgegenstünden, erklärt, daß er nicht eine Ergänzung, sondern gemäß § 319 ZPO. eine Berichtigung wünsche, da er die Ausgleichung nicht namens der Bekl. beantragt habe und auch diese selbst nicht etwa mit seiner Zustimmung einen entsprechenden Antrag gestellt habe. Es liege deshalb bei dem UrkB. ein offenbarer Irrtum vor, zumal auch der armen Partei selbst ein Kostenerstattungsanspruch gegen den Kl. nicht zustehe. Der UrkB. hat eine Berichtigung und ferner abgelehnt, der Erinnerung abzuhelfen, da außerdem dem Anwalt freistünde, die Vollstreckungsklausel auf seinen Namen umschreiben zu lassen. Auf entsprechenden Hinweis durch das LG. hat der BeschwF. erwidert, daß dieser Weg deshalb nicht angängig erscheine, weil der auf den Namen der Partei lautende Festsetzungsbeschluß vom GVollz. bereits dem Schuldner ausgehändigt worden sei, nachdem dieser mit seiner Urteilsforderung gegen die Bekl. aufgerechnet und außerdem den angeblichen Kostenerstattungsanspruch der Bekl. gepfändet habe. Durch eine Umschreibung der Vollstreckungsklausel würde für ihn als Anwalt nichts gewonnen. Dadurch würde er nur zum Rechtsnachfolger seiner Partei gemacht werden und würden dann die seiner Partei gegenüber bereits erklärte Aufrechnung wie auch die Pfändung und Überweisung der Kostenerstattungsforderung wirksam bleiben. Deshalb verlange er eine neue Festsetzung aus § 124 ZPO. ausdrücklich auf seinen Namen. LG. hat die Erinnerung zurückgewiesen, da ein Antrag aus § 124 ZPO. nicht ausdrücklich gestellt worden sei und der nachträglich angebrachte anderweite Antrag keine Berücksichtigung mehr finden könne.

Der BeschwF. vertritt nach wie vor den Standpunkt, daß sein erster Antrag nicht anders als ein solcher aus § 124 ZPO. hätte aufgefaßt werden können. Davon abgesehen, stünde ihm in jedem Falle mindestens sogar ein Anspruch auf Umschreibung zu, jedenfalls aber müsse seinem formalen Berichtigungsantrage entsprochen werden.

Die an sich in zulässiger Weise erhobene sofortige Beschw. (§§ 124, 104 Abs. 3, 577, 567 Abs. 2 ZPO.) des Anwalts konnte keinen Erfolg haben.

Die Stellungnahme sämtlicher an dem bisherigen Verfahren beteiligten Stellen zeugt von einer grundlegenden Verkennung der Rechtslage, wie sie sich aus der Konkurrenz der Rechte des ArmAnw., dem in § 124 ZPO. ein eigenes Beitreibungsrecht gewährt worden ist, und der armen Partei selbst, deren eigenes Festsetzungsrecht dadurch an sich nicht beseitigt worden ist, ergibt. Der Senat hat bereits in einer ganzen Reihe von Entsch. zu den einschlägigen Fragen Stellung genommen und dabei zur Abgrenzung der beiderseitigen Befugnisse der armen Partei und des ArmAnw. gegeneinander sowie zum Schutze des Erstattungsschuldners gegen eine etwaige doppelte Inanspruchnahme folgende Grundsätze aufgestellt (zu vgl. Gaedeke, Komm. z. ArmAnwG., S. 304 ff.):

1. Das Recht der armen Partei, die Festsetzung im eigenen Namen zu betreiben (bzw. durch ihren ArmAnw. auf ihren Namen betreiben zu lassen), wird durch das Beitreibungsrecht des ArmAnw. aus § 124 ZPO. nicht berührt (Entsch. v. 4. März 1933: JW. 1935, 797).

2. Ein Antrag des ArmAnw. aus § 124 ZPO. liegt nur dann vor, wenn der Anwalt ausdrücklich im eigenen Namen den Festsetzungsantrag stellt. Andernfalls gilt er als im Namen der Partei gestellt, für welche der Anwalt im Zweifel ohnehin stets nur handelt (Entsch. v. 4. März 1933 wie oben).

3. Sowohl die arme Partei als auch der ArmAnw. selbst können unabhängig voneinander die Festsetzung der Kosten gegen den erstattungspflichtigen Gegner beantragen. Keiner ist von der Zustimmung oder dem Verzicht des anderen Teils abhängig (Entsch. v. 4. März wie oben).

4. Ist vom ArmAnw. selbst oder jedenfalls mit seinem Wissen und Willen die Festsetzung auf den Namen der Partei erfolgt, dann muß der Anwalt eine Verfügung über die Kostenerstattungsforderung, die nunmehr zwischen den Parteien selbst erfolgt, insbes. eine Zahlung oder Aufrechnung, gegen sich gelten lassen und geht damit insoweit seines Beitreibungsrechts aus § 124 verlustig (Entsch. v. 20. Sept. 1934: JW. 1934, 2497).

5. Dieses Recht des Erstattungsschuldners, durch Verfügungen gegenüber der armen Partei selbst die Kostenerstattungsforderung zu tilgen, beginnt bereits mit der von Amts wegen erfolgenden Zustellung der Ausfertigung des Kostenfestsetzungsbeschlusses an die erstattungspflichtige Partei (Entsch. v. 30. Nov. 1935: JW. 1936, 56).

6. Der ArmAnw. hat durch einen wirksam gestellten, d. h. ausdrücklichen Antrag auf Festsetzung aus § 124 ZPO. in der Hand, jede solche Verfügungsmöglichkeit der Parteien über den Kostenerstattungsanspruch zu verhindern und damit sich sein Beitreibungsrecht zu sichern (Entsch. v. 25. Nov. 1933: JW. 1934, 239).

7. Eigenmächtig, d. h. gegen den rechtzeitig erklärten Willen des ArmAnw., kann daher die arme Partei zwar die Kostenfestsetzung betreiben, ohne indes das Recht des Anwalts aus § 124 ZPO. beeinträchtigen zu können (Entsch. v. 15. Nov. 1928: JW. 1930, 183).

8. Hat der ArmAnw. die Kostenfestsetzung zunächst nicht auf seinen Namen beantragt, so kann er auch nach Erlaß des Festsetzungsbeschlusses diesen auf seinen Namen „umschreiben" lassen. Doch handelt es sich dabei nicht um die Umschreibung der Vollstreckungsklausel gemäß § 727 ZPO. Denn der ArmAnw. ist nicht Rechtsnachfolger der Partei. Vielmehr handelt es sich um einen von der Praxis anerkannten Notbehelf zur Überbrückung der Schwierigkeiten, die sich aus dem Nebeneinanderbestehen der beiderseitigen Kostenerstattungsansprüche der Partei und des Anwalts ergeben. Die Umschreibung ist aber nur dann zuzulassen, wenn nicht im Einzelfalle praktische Erwägungen, z. B. falls Verwirrung daraus zu besorgen ist, dagegen sprechen (Entsch. v. 8. Juli 1933: JW. 1933, 2344).

9. Der hierbei an die Zulassung der Umschreibung anzulegende Maßstab muß jedoch ein strenger sein, gerade weil der ArmAnw. von vornherein die Möglichkeit der Geltendmachung seines Rechts aus § 124 ZPO. hat (Entsch. v. 30. Nov. 1935: JW. 1936, 56).

10. Danach ist für eine Umschreibung dann kein Raum mehr, wenn auf Grund der für die Partei erfolgten Festsetzung zwischen den Parteien bereits Verfügungen über den Kostenerstattungsanspruch vorgenommen sind, so z. B. Zahlungen an die arme Partei geleistet oder ihr gegenüber die Aufrechnung erklärt worden ist. Diese Verfügungen sind trotz § 124 Abs. 2 ZPO. auch dem ArmAnw. gegenüber wirksam und vernichten sein Beitreibungsrecht (Entsch. v. 25. Nov. 1933, JW. 1934, 239).

11. Selbst wenn eine Umschreibung nach diesen Grundsätzen abzulehnen ist, kann der ArmAnw. gleichwohl einen neuen Festsetzungsantrag auf seinen Namen stellen und einen neuen Beschluß erwirken. Ist jedoch die Umschreibung deshalb versagt worden, weil bereits eine Tilgung oder Aufrechnung gegenüber der armen Partei wirksam erfolgt ist, dann fehlt damit auch die Rechtsgrundlage für eine Festsetzung aus § 124 ZPO. (Entsch. v. 2. Dez. 1936: JW. 1936, 3586).

12. Ob ein entsprechender Sachverhalt vorliegt, hat der UrkB. vor Vornahme der Umschreibung zu prüfen, indem er zunächst den Schuldner dazu hört.

Weitere Voraussetzung für die Vornahme der Umschreibung ist sodann die Rückgabe des auf den Namen der armen Partei als Gläubigerin lautenden Festsetzungsbeschlusses, um auf diese Weise der Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme des Kostenerstattungsschuldners vorzubeugen. Ist der ArmAnw. zu dieser Rückgabe aus irgendwelchen Gründen nicht in der Lage, so versagen sowohl Umschreibung als gleichermaßen auch erneute Festsetzung auf seinen Namen (Entsch. v. 2. Dez. 1936: JW. 1936, 3586).

13. An Stelle der Umschreibung kann nicht nach dem Belieben des Anwalts die Berichtigung gewählt werden, je nachdem die eine oder andere Maßgabe für ihn vorteilhafter wäre (Entsch. v. 7. März 1936: JW. 1936, 889).

14. Berichtigung ist vielmehr nur dann zulässig, wenn trotz ausdrücklich im eigenen Namen gestellten Kostenfestsetzungsantrags aus § 124 ZPO. infolge Versehens des UrkB. der Beschluß auf den Namen der Partei selbst ergangen ist. Nur dann liegt ein Fall des § 319 ZPO. vor mit der Wirkung, daß der dann berichtigte Beschluß von Anfang an als auf den Namen des ArmAnw. selbst gestellt gilt (Entsch. v. 25. Nov. 1933: JW. 1934, 239).

Die vorerwähnten Grundsätze werden im wesentlichen geteilt auch vom OLG. Braunschweig v. 14. Juli 1936: JW. 1936, 3077; OLG. Breslau v. 4. Sept. 1934: JW. 1934, 3009; OLG. Düsseldorf v. 9. Mai 1934: JW. 1934, 2713. Ferner Jonas III zu § 124 ZPO. Zu vgl. weiterhin Gaedeke, Komm. z. ArmAnwG., S. 306 ff.

Daraus ergibt sich für den vorl. zur Entsch. stehenden Fall bereits, daß für eine Berichtigung kein Raum ist. Denn der Antrag des ArmAnw. auf Kostenausgleichung lautet nicht auf seinen Namen. Sein Hinweis darauf, daß sich dies als Selbstverständlichkeit schon daraus ergebe, daß er den Antrag in der „Ich-Form" gestellt habe, liegt neben der Sache. Denn diese Form wird vom Anwalt durchaus auch dann gewählt, wenn er für die Partei handelt. Außerdem umfaßte sein Antrag zugleich auch die Kosten des zweitinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten, die zwar im Rahmen einer Kostenfestsetzung auf den Namen der Partei, ohne besondere Vollmacht des ArmAnw. zweiter Instanz dagegen durch den erstinstanzlichen ArmAnw. nicht auf seinen Namen festgesetzt werden konnten.

Weiterhin zeigt der unstreitige Sachverhalt, daß auch eine Umschreibung mit Recht vom UrkB. abgelehnt worden ist, nicht nur aus der Erwägung heraus, daß nur ein Teil der festgesetzten Kosten für den Anwalt persönlich hätte festgesetzt werden können, sondern weiterhin aus der Erwägung, daß nach den eigenen Angaben des BeschwF. er zur Rückgabe des ursprünglichen Festsetzungsbeschlusses nicht mehr in der Lage ist, da dieser sich bereits in den Händen des Erstattungsschuldners befindet, der in der Zwischenzeit in wirksamer Weise die Aufrechnung gegenüber der armen Partei erklärt hat.

Daraus ergibt sich zugleich, daß das jetzige Gesuch des BeschwF. auch nicht als neuer Festsetzungsantrag aus § 124 ZPO. Erfolg haben kann. Nach seinem eigenen Vortrag ist vielmehr sein Beitreibungsrecht aus § 124 ZPO. erloschen.

Danach erübrigt sich fast, zu bemerken, daß eine solche neue Festsetzung aus § 124 ZPO. selbstverständlich niemals dazu dienen darf, die durch das bisherige Vorgehen des ArmAnw. geschaffene materielle Rechtslage zu umgehen und ihm trotz der Tilgung des Kostenerstattungsanspruchs und damit des Untergangs zugleich seines Beitreibungsrechts gleichwohl über dieses noch einen Vollstreckungstitel in die Hand zu geben, dem der Erstattungsschuldner ohnehin sofort erfolgreich mit der Vollstreckungsgegenklage aus § 767 ZPO. entgegentreten könnte.

Daß bei einer solchen Rechtslage auch für die vom BeschwF. ursprünglich angestrebte „Ergänzung" des Kostenfestsetzungsbeschlusses dahin, daß die Festsetzung auf Grund des § 124 ZPO. erfolgt sei, kein Raum ist, bedarf kaum besonderer Erörterung. Eine derartige Ergänzung würde, ähnlich wie die Berichtigung, stets vorauszusetzen, daß dem vom ArmAnw. gestellten Antrag bisher nicht voll genügt, sondern ein — quantitativer oder qualitativer — Teil desselben vom UrkB. übergangen worden ist. Davon kann in denjenigen Fällen, in denen der Antrag nicht von vornherein ausdrücklich auf den Namen des Anwalts gestellt worden ist, nicht die Rede sein.

Danach erweist sich das Begehren des BeschwF., nun noch eine Kostenfestsetzung aus § 124 ZPO. zu erwirken, unter jedem nur möglichen rechtlichen Gesichtspunkt als unbegründet.

(KG., 20. ZivSen., Beschl. v. 23. Jan. 1937, 20 W 344/37.)

Rechtsanwaltsgebührenordnung

37. §§ 13, 27, 44, 48 RAGebO. Dem Verkehrsanwalt steht für das weitere Verfahren nach der Zurückverweisung keine neue Verkehrsgebühr zu.†)

Der Kl. hat den Bekl. im Kostenfestsetzungsverfahren u. a. eine Verkehrsgebühr ihres Bremer Rechtsanwalts aus § 44 RAGebO. in Rechnung gestellt für dessen Tätigkeit im Verfahren über die Höhe des Anspruchs neben einer gleichhohen Gebühr für die Tätigkeit im Verfahren über den Grund.

Der UrkB. und das LG. haben die Berücksichtigung dieser Kosten abgelehnt.

Die sofortige Beschw. des Kl. ist unbegründet.

Die weitere Verkehrsgebühr für das weitere Verfahren nach der Zurückverweisung an das LG. ist mit Recht abgesetzt worden. Denn diese Gebühr ist den Anwälten des Kl. nicht erwachsen. Die dem Verkehrsanwalt aufgetragenen Handlungen fallen in den Kreis derjenigen Tätigkeit, für welche die dem Prozeßbevollmächtigten zustehende Prozeßgebühr (§ 13 Nr. 1 RAGebO.) bestimmt ist. Die Prozeßgebühr erwächst dem Prozeßbevollmächtigten nach § 27 RAGebO. auch dann nur einmal, wenn er auch nach der Zurückverweisung tätig wird. Auch der Verkehrsanwalt kann deshalb die nach der Höhe der Prozeßgebühr bemessene Verkehrsgebühr im Hinblick auf § 48 RAGebO. nur einmal verdienen. Der abweichenden Meinung des OLG. Naumburg (Beschl. v. 8. Aug. 1935; JW. 1935, 3173 [37]) und des KG. (Beschl. v. 26. Mai 1936: JW. 1936, 2155 [37]) kann der Senat nicht folgen. Sie würde in den Fällen, in denen der Rechtsstreit nach der Zurückverweisung ohne weitere Verhandlung, Beweisaufnahme oder Vergleich erledigt wird, zu dem unbilligen Ergebnisse führen, daß der Prozeßbevollmächtigte für den weiteren Geschäftsbetrieb keine Vergütung erhalten, der Verkehrsanwalt aber die Verkehrsgebühr erneut verdienen würde.

(OLG. Hamburg, Beschl. v. 9. Dez. 1936, 1 W 313/36.)

Anmerkung: Daß für das weitere Verfahren nach Zurückverweisung eine neue Verkehrsgebühr dem Verkehrsanwalt zusteht, ist in letzter Zeit zunächst vom OLG. Naumburg: JW.

1935, 3173 (mit zustimmender Anm. Bach) bejaht worden. Dem hat sich das KG. (JW. 1936, 2155 gleichfalls mit Anm. Bach) angeschlossen. Mit den in diesen beiden Entsch. und in den beiden Anmerkungen dazu dargelegten Gründen setzt sich der obige Beschluß nicht auseinander. Er begnügt sich, lediglich auf die Fälle zu verweisen, in denen der Rechtsstreit nach der Zurückverweisung ohne weitere Verhandlung, Beweisaufnahme oder Vergleich erledigt wird, was zu dem unbilligen Ergebnis führen würde, daß der Prozeßbevollmächtigte für den weiteren Geschäftsbetrieb keine Vergütung erhalte, der Verkehrsanwalt aber die Verkehrsgebühr erneut verdiene. Diese Erwägung als Gegengrund ist aber nicht stichhaltig. Denn sie verwendet lediglich außerprozessuale Ereignisse als Begründung, da eine Erledigung des Rechtsstreits nach Zurückverweisung ohne weitere Verhandlung, Beweisaufnahme oder Vergleich nur durch außerprozessuale Ereignisse eintreten kann, während Klagerücknahme, Berufungsrücknahme u. dgl. hier wegen der prozessualen Instanzeinheit des Verfahrens vor und nach der Zurückverweisung nicht mehr einseitig herbeiführbar sind.

Auf außerprozessuale Ereignisse abzustellen versagt aber dort, wo — wie im Kostenrecht der RAGebO. — eine gesetzlich bewußt durchgeführte Bezogenheit und Abhängigkeit des Gebührenrechts vom Prozeß, seiner Regelung und seinem Verlauf grundsätzlich besteht. Außerprozessuale Ereignisse bringen darum von vornherein eine Atypik in jedes prozeßrechtliche wie prozeßgebührenrechtliche Problem. Sie sind dadurch ungeeignet, Kriterium für die Richtigkeit oder Unrichtigkeit eines prozessualen oder prozessual-kostenrechtlichen Ergebnisses abzugeben.

RA. Dr. P. Bach, Freiburg i. Br.

*

38. § 13 Ziff. 4 RAGebO. Verwertet einer von mehreren Streitgenossen das Ergebnis einer Beweisaufnahme, die stattgefunden hat, als das Verfahren gegen „ihn" ruhte, so liegt die Führung eines Urkundenbeweises vor. †)

Kl. hat das Urteil des LG. vom 2. Juli 1935 gegenüber beiden Bekl. mit der Berufung angefochten. Die Berufungsschrift ist dem erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten der Zweitbeklagten zugestellt worden, die Zustellung der Berufungsbegründung und der Terminsbestimmung ist unterblieben. Im Einverständnis der anderen Prozeßbevollmächtigten ist alsdann nur über die Berufung des Kl. gegen die Erstbeklagte und die von dieser gegen den Kl. eingelegte Berufung verhandelt und nach Beweiserhebung entschieden worden. Später hat der Kl. das Verfahren auch gegen den Bekl. zu 2 weiter betrieben, diesem ist dann Berufungsbegründung und Terminsbenachrichtigung zugestellt worden. Ihm ist das Armenrecht bewilligt und RA. K. beigeordnet worden. Eine erneute Beweisaufnahme hat nicht stattgefunden, beide Parteien haben sich im Verhandlungstermin mit der Verwertung des Beweisergebnisses im Berufungsverfahren gegen die Erstbeklagte einverstanden erklärt. Nach Erledigung des Verfahrens gegen den Bekl. zu 2 hat RA. K. aus der Reichskasse u. a. auch den Ersatz der Beweis- und Weiterverhandlungsgebühr gefordert. Diese Gebühren nebst der entsprechenden Umsatzsteuer hat der UrkB. abgesetzt, weil die Beiordnung des ArmAnw. erst nach abgeschlossener Beweisaufnahme erfolgt sei.

Die Erinnerung erscheint begründet. Der Bekl. zu 2 war zwar von vornherein am Berufungsverfahren insofern beteiligt, als er durch die Zustellung der Berufungsschrift auch Partei geworden war. Da aber weitere notwendige Mitteilungen, insbes. eine Terminsladung, an ihn nicht ergangen waren, ist das Verfahren gegen ihn als zum Ruhen gekommen anzusehen (§§ 251, 251a Abs. 2 ZPO.). Die während des Ruhens, das bis nach dem Erlaß des Urteils gegen die Erstbeklagte fortgedauert hat, vorgenommenen Prozeßhandlungen sind für den Bekl. zu 2 bedeutungslos, da sie nicht in einem gegen ihn betriebenen Verfahren erfolgt sind. RA. K. hätte somit für den Bekl. zu 2 den Antrag stellen können, die Beweisaufnahme zu wiederholen. Da er sich damit begnügt hat, das bisherige Beweisergebnis zu verwerten, liegt auf seiten des Bekl. zu 2 die Führung eines Urkundenbeweises durch Vortrag dieser Niederschrift vor. Die Ausnahmevorschrift des § 13 Ziff. 4 Halbsatz 2 RAGebO. trifft hier nicht zu, da nur die Urschrift der Urkunde maßgebend ist, die sich in Händen des Gerichts und nicht einer Partei befand.

(OLG. Düsseldorf, 1. ZivSen., Beschl. v. 28. Okt. 1936, 1 W 326/36.)

Anmerkung: Der Entsch. ist beizutreten. Es liegen in der Tat zwei getrennte Verfahren vor. Das Verfahren gegen den einen Streitgenossen war bereits beendet, als das Verfahren gegen den anderen Streitgenossen — das zunächst geruht hatte — aufgenommen und betrieben wurde. Folglich waren die in dem erstbetriebenen Verfahren erhobenen Beweise für das spätere Verfahren nur zu verwerten, wenn sie im Einverständnis der Beteiligten als Urkundenbeweis benutzt wurden. Der erst in dem späteren Verfahren als ArmAnw. beigeordnete — offenbar vorher in der VerInst. noch nicht tätig gewesene — Anwalt des Bekl. hat daher die Beweisgebühr verdient. Würde er sie allerdings schon vorher als auch im Verfahren gegen den ersten Streitgenossen tätiger Anwalt zu beanspruchen gehabt haben, würde er mit Rücksicht auf § 25 RAGebO. trotz neuer Beweisaufnahme die Beweisgebühr nicht nochmals erhalten.

Es ist nicht etwa so, daß alle im Verfahren gegen auch nur einen Streitgenossen erhobenen Beweise stets für und gegen alle Streitgenossen verwertbar sind, wie das nach Baumbach, 1 B zu § 61 ZPO. angenommen werden könnte. Die daselbst zitierte Entsch. RG. 41, 419 besagt das auch nicht und betrifft den Sonderfall der Eidesleistung, ist also heute ohnehin nicht mehr von Bedeutung.

Daß in Fällen obiger Art nicht eine Beweisaufnahme durch Vorlegung von in den Händen der Parteien befindlichen Urkunden stattfindet, mögen selbst, was ja das natürliche Verfahren ist, die Parteien aus den in ihren Händen befindlichen Abschriften vortragen, bedarf kaum besonderer Erörterung. Das Gericht benutzt — und das ist maßgebend — die in den Gerichtsakten befindliche Urschrift.

KGR. Dr. Gaedeke, Berlin.

*

39. § 17 RAGebO.; §§ 91, 937 ZPO. Zur Frage der Notwendigkeit des Anwaltswechsels im Arrest- und einstweiligen Verfügungsverfahren. Weitere Verhandlungsgebühr trotz fehlender Protokollierung der Verhandlung vor Beweisaufnahme. †)

Die Frage, ob vorliegend in der Person des Prozeßbevollmächtigten ein Wechsel i. S. von § 91 Abs. 2 ZPO. eintreten mußte, ist zu bejahen. Die Antragstellerin ließ den Antrag auf EinstwVfg. durch RA. X. in Köln stellen; sie war dazu berechtigt, nachdem sie in Köln ihren Sitz hat, sich wegen der Bedeutung des Verfahrens für sie eines Rechtsanwalts bedienen konnte, der die Vorbereitung für die beschleunigte Durchführung des Verfahrens — gerade daran hatte die Antragstellerin ein besonderes Interesse — an Ort und Stelle viel sachgemäßer und schneller treffen konnte, als ein am Sitz des für das Verfahren zuständigen Gerichts ansässiger Anwalt; da ferner die Antragstellerin nach Lage der Sache nicht von vornherein damit zu rechnen brauchte, daß auf ihren Antrag auf Erlaß einer EinstwVfg. — für den Anwaltszwang nicht besteht — das Gericht mündliche Verhandlung anordnen würde, kann ihr aus der Inanspruchnahme eines Kölner Rechtsanwalts ein Vorwurf nicht gemacht werden. Mit Recht weist LG. darauf hin, daß die Frage der Notwendigkeit und damit der Erstattungsfähigkeit derartiger Kosten nach dem Zeitpunkt zu beurteilen ist, in dem die Kosten veranlassende Handlung erfolgte. Der Ansicht der Antragsgegnerin, daß im Verfahren wegen EinstwVfg. „in der Regel" damit zu rechnen sei, daß demnächst mündliche Verhandlung stattfindet, kann nicht beigetreten werden; denn es ist der Zweck dieses Verfahrens, grundsätzlich ohne mündliche Verhandlung und volle Beweisführung auf Grund beschleunigter, vorläufiger Prüfung eine einstweilige Regelung herbeizuführen. Die Antragstellerin war erst durch die An-

ordnung des Gerichts auf mündliche Verhandlung gezwungen, einen Wechsel in der Person ihres Prozeßbevollmächtigten eintreten zu lassen und einen beim LG. in S. zugelassenen Rechtsanwalt in dem nunmehr dem Anwaltszwang unterliegenden Verfahren zu beauftragen. Der insbes. vom OLG. Braunschweig (Rspr. 35, 227) und vom früheren Obersten Gerichtshof des Saargebietes (JW. 1929, 867[1]) entwickelten gegenteiligen Meinung vermag sich der Senat nicht anzuschließen, vielmehr folgt er der auch heute noch herrschenden Meinung (OLG. Düsseldorf: JW. 1930, 3347[36]; OLG. Rostock: Rspr. 21, 71). In Übereinstimmung mit den auch bei Baumbach, Reichskostengesetze, 6. Aufl. 1936, in Anm. 1 B zu § 42 RAGebO. und Anm. 1 zu § 28 RAGebO. entwickelten Grundsätzen ist festzustellen, daß die Antragstellerin nicht nur tat, was sie durfte, sondern daß sie verständig handelte.

Was die Weiterverhandlungsgebühr nach § 17 RAGebO. anlangt, die eine Erhöhung der Verhandlungsgebühr darstellt, so hat sie nicht zur Voraussetzung, daß in mehreren, zeitlich getrennten Terminen Verhandlungen stattfanden. Sie ist vielmehr auch zuzubilligen, wenn im gleichen Termin verhandelt, Beweis erhoben und dann weiter verhandelt wurde. In dem angefochtenen Beschluß ist bereits darauf verwiesen, daß das Sitzungsprotokoll insofern unvollständig ist, als es keinen Vermerk enthält, daß vor Eintritt in die Beweisaufnahme streitig verhandelt wurde. In einer vom Senat erholten Äußerung vom 12. Nov. 1936 bestätigt der Vorsitzende der Kammer für Handelssachen: „Nach Aufruf der Sache wurde über den Streitstoff verhandelt. Nachdem festgestellt worden war, daß die Antragsgegnerin bestritt, die behaupteten Äußerungen getan zu haben, wurde zur Beweisaufnahme geschritten." Wenn auch nicht mehr mit aller Bestimmtheit festgestellt werden kann, ob vor Eintritt in die Beweisaufnahme die Anträge der Parteien formell vorgetragen wurden, so zwingt doch die Tatsache, daß überhaupt eine Beweisaufnahme stattfand, zu dem Schluß, daß vorher i. S. von § 16 RAGebO. „streitig verhandelt" wurde, d. h. daß die Parteien widersprechende Anträge stellten; denn andernfalls wäre eine Beweisaufnahme überhaupt nicht erforderlich gewesen. Es ist daher auch die Zubilligung der weiteren Verhandlungsgebühr nicht zu beanstanden.

(OLG. Köln (Zweigstelle Saarlautern), Beschl. v. 24. Nov. 1936, 3 W 317/36.)

Anmerkung: Die Entsch. begegnet starken Bedenken, soweit sie die Notwendigkeit des Anwaltswechsels bejaht. Dagegen erscheint sie zutreffend, soweit sie die weitere Verhandlungsgebühr zubilligt.

I. Anwaltswechsel.

Bei der Entsch. über die Notwendigkeit eines Anwaltswechsels ist ganz allgemein ein strenger Maßstab anzulegen, wie das Gesetz selbst bereits dadurch zum Ausdruck bringt, daß es durch seine Fassung derartige Fälle als Ausnahmefälle kennzeichnet. Jede Partei hat sich so einzurichten, daß sie zu ihrem Teil dazu beiträgt, daß im Prozeß nicht mehr als die unbedingt notwendigen Kosten erwachsen. Sie hat daher ihre Maßnahmen nach Möglichkeit dementsprechend zu wählen und hat folglich vorher die demgemäßen Überlegungen anzustellen, kann sich also nicht darauf berufen, daß erst die tatsächliche Entwicklung des Verfahrens die Notwendigkeit des Wechsels in der Person des Prozeßbevollmächtigten mit sich gebracht hat, wenn diese Entwicklung vorauszusehen war. Diesen Maßstab anzulegen erfordert die jedenfalls nach unserer heutigen Auffassung jeder Prozeßpartei in jeder — d. h. auch kostenrechtlicher — Beziehung obliegende Verantwortlichkeit, wie sie vor allem das KG. in ständiger Rspr. als Ausgangspunkt für seine Entsch. über Anwaltswechsel genommen hat.

Die Partei hat sich folglich bei der Einleitung irgendwelcher prozessualer Maßnahmen mit Hilfe eines Anwalts die Frage vorzulegen, ob überhaupt und gegebenenfalls mit welchem Grad von Wahrscheinlichkeit sie in die Lage kommen kann, an Stelle des von ihr erstbeauftragten Anwalts einen anderen Anwalt mit der weiteren Durchführung beauftragen zu müssen. Unterläßt sie diese Überlegung oder stellt sie sie unter unzutreffenden Erwägungen an, dann tut sie das auf ihre, nicht auf die Gefahr des etwa später erstattungspflichtigen Gegners.

Aus dieser Perspektive heraus betrachtet kann aber kaum zweifelhaft sein, daß eine Partei, die bei einem auswärtigen LG. eine EinstwVfg. (Arrest) beantragt, sich von vornherein dessen bewußt sein muß, daß sie damit ein landgerichtliches, also grundsätzlich dem Anwaltszwang unterliegendes Verfahren einleitet, dessen Beginn in diesem besonderen Falle zwar noch mit Hilfe auch eines an diesem LG. nicht zugelassenen Anwalts möglich ist, das aber in jedem Stadium seiner Weiterentwicklung zwangsläufig die Bestellung eines zugelassenen Anwalts erfordert. Das gilt bereits für die beantragte Anordnung selbst. Denn nach § 937 Abs. 2 ZPO. kann in dringenden Fällen die Entsch. über eine EinstwVfg. ohne mündliche Verhandlung erfolgen. Das Gesetz geht also ausdrücklich von der mündlichen Verhandlung als der Regel aus, so daß keine Partei damit rechnen, erst recht nicht irgendeinen Grad von Wahrscheinlichkeit dafür in Anspruch nehmen darf, ohne mündliche Verhandlung die beantragte Verfügung zu erhalten. Denn die Entsch. darüber, wann solch ein dringender Fall vorliegt, hat nicht die Partei, sondern das Gericht zu treffen. Regelmäßig und grundsätzlich handelt also eine Partei, die dieser verfahrensrechtlichen Lage nicht schon durch die entsprechende Anwaltsauswahl Rechnung trägt, nicht etwa wie OLG. Köln unter nicht genügender Beachtung des § 937 Abs. 2 ZPO. meint, verständig, sondern höchst leichtfertig und hat den von Anfang an vorauszusehenden Anwaltswechsel als vermeidbar, also nicht notwendig selbst zu vertreten und kann die Mehrkosten nicht auf die Gegenpartei abwälzen. Zu Unrecht zitiert OLG. Köln Baumbach zu § 42 RAGebO., der die Frage des Anwaltswechsels dort naturgemäß nur im Zusammenhang mit der Vertreterbestellung behandelt, den Fall der EinstwVfg. nicht erwähnt, wohl aber zu § 921 ZPO. darauf hinweist, daß beim Arrest anders als bei der EinstwVfg. das Gesetz von einer Entsch. durch Beschluß ausgeht. Es ist also rechtlich nicht zutreffend, wenn OLG. Köln ausführt, daß der Zweck des Verfahrens sei, grundsätzlich ohne mündliche Verhandlung eine einstweilige Regelung herbeizuführen. Daß tatsächlich dies häufig — vielleicht sogar häufiger als nach mündlicher Verhandlung — geschieht, kommt der Partei für die von ihr anzustellende kostenrechtliche Erwägung nicht zugute. Es kommt eben darauf an, womit sie in erster Reihe nach der gesetzlichen Verfahrensgestaltung rechnen mußte.

Nicht richtig ist es auch, wenn OLG. Köln für sich — unter Anführung von zwei Entsch. — die herrschende Meinung in Anspruch nimmt. Der Standpunkt des KG. z. B. — außer den von Köln bereits genannten Entsch. — ist, wenn auch für den unten erst noch zu erörternden Fall des Widerspruchs, dabei aber aus grundsätzlich den gleichen Erwägungen, gegenteilig (Entsch. v. 3. Juni 1931 bei Gaedeke, Kostenrechtspr. Nr. 161).

Aber auch für das Arrestverfahren wird man trotz des oben genannten Unterschieds — nach § 921 ZPO. kann die Entsch. ohne mündliche Verhandlung erfolgen — grundsätzlich ebenso entscheiden müssen. Denn es steht dabei im freien Ermessen des Gerichts, ob es mündliche Verhandlung anordnen will. Der Antragsteller muß also damit jederzeit rechnen. Tut er das nicht, muß er die etwaigen Mehrkosten tragen.

Die Beurteilung gestaltet sich aber noch ungünstiger für den Antragsteller, wenn man weiterhin die Möglichkeit des Widerspruchsverfahrens berücksichtigt, d. h. nicht nur eine mögliche, nach dem Gesetz in jedem Falle zulässige verfahrensrechtliche, sondern außerdem vielleicht sogar noch die tatsächlich übliche Entwicklung. Da nach § 28 RAGebO. das Anordnungs- und Widerspruchsverfahren gebührenrechtlich eine Instanz bilden, hat die Partei von Anfang an zu vermeiden, einen beim LG. nicht zugelassenen Anwalt mit der Erwirkung der Anordnung eines Arrests oder einer EinstwVfg. zu betrauen.

Die Sachlage ist hier von Anfang an eine ganz andere als beim Mahnverfahren. Bei diesem handelt es sich nicht um irgendein — einschneidendes — Provisorium, sondern ein besonderes vereinfachtes Verfahren, um auf billige und bequeme

Weise einen Vollstreckungstitel zu erhalten, berechnet also nur für säumige Schuldner, seinem Wesen nach aber nicht berechnet für wirklich streitige Rechtsverhältnisse. Deshalb rechtfertigt sich hier, dem Gläubiger grundsätzlich zuzugestehen, daß er mit der Erhebung des Widerspruchs nicht zu rechnen braucht, folglich sich zunächst durch jeden Anwalt vertreten lassen kann (zu vgl. KG. v. 2. Juli 1929 bei Gaedeke Nr. 160). Immerhin hat auch dabei schon die Rspr. dieses Belieben des Gläubigers dahin eingeschränkt, daß eine Erstattung der Mehrkosten dann nicht stattfindet, wenn der Gläubiger nach Lage der Sache, so z. B. nach der mit dem Schuldner vorher gepflogenen Korrespondenz, mit der naheliegenden Erhebung des Widerspruchs (oder gar noch Verweisung an das LG.) rechnen mußte (vgl. KG. v. 9. Nov. 1935: JW. 1936, 200).

So sind also auch im obigen Falle keine Umstände dargetan, die eine Notwendigkeit des Anwaltswechsels erkennen ließen.

II. Weitere Verhandlungsgebühr.

Die Rspr. hat anerkannt, daß in einem einzigen Termin sämtliche Stadien des Prozesses durchlaufen werden und deshalb für die beteiligten Anwälte alle Gebühren, angefangen von der vollen Prozeßgebühr bis zur weiteren Verhandlungsgebühr, erwachsen können, wie das z. B. die Regel ist, wenn Beiakten zwecks Beweises verwertet werden.

Daß im Sitzungsprotokoll mitunter nicht vermerkt ist, daß auch schon vor der im Termin veranstalteten Beweisaufnahme verhandelt worden ist, ist regelmäßig jedenfalls ohne Belang. Zwar kann nach § 164 ZPO. der Beweis der Förmlichkeiten, also auch die Feststellung, daß verhandelt worden ist, nur durch das Protokoll geführt werden. Die Reihenfolge des Geschehens gehört jedoch nicht zu den in § 159 ZPO. aufgeführten Förmlichkeiten, so daß auch ohne zuvorige Protokollberichtigung der Annahme, daß vor der Beweiserhebung bereits streitig verhandelt worden ist, verfahrensrechtlich kein Hindernis entgegensteht.

Dafür aber, daß tatsächlich zunächst verhandelt worden ist, spricht im Zweifel schon der Umstand der Beweiserhebung. Denn bei ordnungsmäßigem Verfahren kann eine Beweisanordnung nur auf Grund vorheriger mündlicher Verhandlung erfolgen. Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte muß man aber davon ausgehen, daß ordnungsmäßig verfahren worden ist.

Immerhin wird es natürlich ratsam sein, daß die Anwälte diesem Punkt ihre Aufmerksamkeit schenken und für Stellung der Anträge vor etwaiger Beweiserhebung und weiterhin auch für entsprechende Protokollierung sorgen. Sie laufen andernfalls Gefahr, im Einzelfalle doch vielleicht der weiteren Verhandlungsgebühr verlustig zu gehen.

Der von Anwaltsseite derartigen Ratschlägen gegenüber häufig geltend gemachte Einwand, ein solches Einwirken auf den Protokollinhalt in ihrem eigenen kostenrechtlichen Interesse könne mißdeutet werden, dürfte durchaus nicht am Platze sein. Es ist das gute Recht des Anwalts, daß er auch aus seinem eigenen kostenrechtlichen Interesse heraus von sich aus dazu beiträgt, daß die verfahrensrechtlich und damit auch gebührenrechtlich wichtigen Vorgänge, soweit sie in das Protokoll gehören, dort auch — und zwar auch in der richtigen Reihenfolge — vermerkt werden. Sie sichern sich dadurch nicht nur ihre berechtigten Gebührenansprüche, sondern erleichtern auch den mit der Kostenabwicklung befaßten Stellen die Beurteilung, mag es sich nun um die Kostenfestsetzung unter den Parteien oder die Festsetzung von Armenanwaltskosten aus der Reichskasse oder gar den Ansatz der Gerichtskosten oder schließlich den Gebührenanspruch an die eigene Partei (Gebührenprozeß) handeln. Dies gilt z. B. vor allem auch für die Protokollierung einer im Termin erfolgten Armenrechtsbewilligung und insbes. des richtigen Zeitpunkts der Entsch. des Gerichts (wegen des Beginns der Wirksamkeit der Beiordnung).

KGR. Dr. Gaedeke, Berlin.

*

40. §§ 23, 25, 29, 30 RAGebO. Verhältnis der Gebühren für die Nebentätigkeiten des § 23 zu den Gebühren für die Haupttätigkeiten des § 13. — Zum Begriff des „Verhandelns über das Armenrechtsgesuch".

Nachdem das Prozeßgericht der Bekl. das Armenrecht bewilligt und den BeschwF. als ArmAnw. beigeordnet hatte, hat auch der Kl. sein vordem bereits gestelltes, aber abgelehntes Armenrechtsgesuch wiederholt und auch in der mündlichen Verhandlung nochmals gestellt. Ausweislich des Protokolls hat die Bekl. Zurückweisung dieses Gesuchs beantragt. Im Termin ist dann Versäumnisurteil gegen den Kl. ergangen. Der BeschwF. verlangt nunmehr aus der Reichskasse außer der Verhandlungsgebühr zu $^{5}/_{10}$ weiterhin eine $^{3}/_{10}$-Verhandlungsgebühr aus § 23 Ziff. 6 RAGebO., da über das Armenrechtsgesuch des Gegners mündlich und streitig verhandelt worden sei.

Der UrkB. hat die Festsetzung dieser letzteren Gebühr abgelehnt, da § 23 Ziff. 6 RAGebO. für die gesamte Tätigkeit des Anwalts bei Bewilligung oder Entziehung des Armenrechts eine Pauschgebühr von $^{3}/_{10}$, aber keine Verhandlungsgebühr vorsehe, und da diese Pauschgebühr in der bereits liquidierten Prozeßgebühr enthalten sei.

Dieser Standpunkt entbehrt indes der Rechtsgrundlage. Zunächst einmal kann die Tätigkeit der Verhandlung niemals durch die Prozeßgebühr abgegolten werden. Sodann aber widerlegt bereits der Wortlaut des § 23 diese Auffassung. Denn danach erhält der Rechtsanwalt „drei Zehntteile der in den §§ 13 bis 17 bestimmten Gebühren", wenn seine Tätigkeit eines der nachfolgend unter Ziff. 1 bis 18 aufgeführten Verfahren betrifft. Es steht somit außer Frage, daß in den genannten Fällen eine jede der Gebühren der §§ 13 bis 17, d. h. sowohl Prozeßgebühr wie auch Verhandlungs-, Beweis- und Vergleichsgebühr, als streitige, unstreitige bzw. sogar weitere Verhandlungsgebühr erwachsen kann, sofern nur vom Anwalt in den genannten Einzelverfahren eine entsprechende Tätigkeit entwickelt worden ist (so bereits Entsch. des Sen. 20 W 2063/34 v. 21. März 1934). In keinem der Fälle des § 23 Ziff. 1 bis 18 RAGebO. ist also eine pauschale Abgeltung der daselbst entwickelten Tätigkeit durch eine einzige Gebühr vorgesehen.

Wenn § 29 Abs. 1 RAGebO. sagt, daß die in § 13 genannten Gebühren die gesamte Tätigkeit des Anwalts vom Auftrag bis zur Beendigung der Instanz umfassen, so ist damit lediglich der Begriff der Instanz im gebührenrechtlichen Sinne festgelegt worden.

Eine andere Frage dagegen ist die, wie weit die Gebühren des § 23 neben den Hauptgebühren zur Entstehung gelangen können. Dazu besagt § 29 Abs. 2 RAGebO. durch die Anführung von Beispielen, daß das Verfahren über die in § 23 Ziff. 5 bis 9, 11 bis 17 bezeichneten Streitigkeiten und Anträge zu der Instanz i. S. des § 29 Abs. 1 gehört. Da nun nach § 25 RAGebO. in jeder Instanz grundsätzlich dieselbe Gebühr nur einmal beansprucht werden kann, kommt neben den in der Hauptsache bereits erwachsenen Gebühren, d. h. neben der Prozeß-, Beweis-, Verhandlungs- und Vergleichsgebühr eine Gebühr für die „Nebentätigkeiten" des § 23 Ziff. 5—9, 11—17 nicht in Frage, während z. B. die in § 23 Ziff. 3 und 4 aufgeführten Angelegenheiten (Kostenfestsetzung, Sicherheitsrückgabe) gebührenrechtlich eine besondere Instanz bilden und demgemäß auch besondere Gebühren neben den Hauptgebühren erwachsen lassen (§ 30 Abs. 1 Ziff. 3 RAGebO.).

Dabei ist es unerheblich, ob etwa die Hauptgebühr bereits in vollem Umfange oder nur zu einem Bruchteil erwachsen ist. Solange und sofern vielmehr nur die für die Haupttätigkeit entstandene Gebühr nicht geringer als die etwa aus § 23 erwachsende Gebühr ist, kann nur erstere, sonst nur die letztere, d. h. stets nur die eine höhere Gebühr beansprucht werden. Die Auffassung des BeschwF., daß mindestens bis zur Erreichung der $^{10}/_{10}$-Gebühr, hier also der $^{10}/_{10}$-Verhandlungsgebühr, auch die Gebühr aus § 23 Ziff. 6 neben dieser Bruchteilsgebühr aus § 13 RAGebO. ihm zustehe, ist daher mit der gebührenrechtlichen Regelung und Einordnung der

verschiedenen Tätigkeiten innerhalb der Instanz nicht vereinbar.

Es braucht daher nur nebenbei erwähnt zu werden, daß mindestens zweifelhaft ist, ob überhaupt ein — streitiges — Verhandeln der Parteien über das Armenrechtsgesuch des Kl. stattgefunden hat. Der Umstand allein, daß aus Anlaß einer mündlichen Verhandlung auch das Armenrecht beantragt wird, und aus diesem Grunde auch die Gegenpartei sich dazu irgendwie, sei es auch in ablehnendem Sinne, äußert, bedeutet noch keineswegs, daß hier über das Armenrechtsgesuch verhandelt worden ist. Nach § 126 ZPO. kann vielmehr Entsch. über ein derartiges Gesuch ohne mündliche Verhandlung erfolgen. Diese Art des Verfahrens ist sogar die regelmäßige. Hält das Gericht — ausnahmsweise — zuvoriges mündliches Verhandeln über das Gesuch für notwendig, so bedarf es entsprechender Anordnung. Jedenfalls kann in aller Regel eine vom Gericht nicht angeordnete mündliche Äußerung der Gegenpartei das Verfahren vor Gericht nicht zu einer mündlichen — sei es streitigen, sei es unstreitigen — Verhandlung stempeln. Auch aus dieser Erwägung heraus könnte daher der Festsetzungsantrag des Erinnerungsführers zu dem genannten Punkte keinen Erfolg haben.

Danach hat im Ergebnis der UrkB. die Festsetzung einer Gebühr aus § 23 neben der 5/10-Verhandlungsgebühr mit Recht abgelehnt.

(KG., 20 ZivSen., Beschl. v. 16. Jan. 1937, 20 Wa 8/37.)

*

41. §§ 24 Ziff. 2, 29 Abs. 1, 30, 87, 89 RAGebO. Der Rechtsanwalt, der zur Erwirkung der Vollstreckbarkeit vom Kl. erhaltene Gelder oder Wertpapiere hinterlegt, verdient dadurch weder eine Hebegebühr oder eine Gebühr aus § 89 RAGebO., noch neben der Prozeßgebühr eine sonstige Gebühr. Das gilt auch für die Rücknahme und Wiederablieferung. †)

Durch das Urteil des LG., 4. ZK., v. 17. Okt. 1935 ist der Bekl. wegen eines Betrages von 107 213,67 RM und der Kosten des Rechtsstreits — mit Ausnahme der Kosten eines die Zulässigkeit von Nebeninterventionen aussprechenden Zwischenurteils — zur Duldung der Zwangsvollstreckung in Hypotheken verurteilt worden. Zugleich wurden ihm die Kosten des Rechtsstreits mit Ausnahme der die Kl. treffenden Kosten des Zwischenstreits auferlegt. Das Urteil wurde gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 118 000 RM für vorläufig vollstreckbar erklärt. Die Prozeßbevollmächtigten der Kl. haben demnächst wegen der Vollstreckung 200 000 RM Hamburger Schatzanweisungen von der Kl. erhalten und bei der Gerichtskasse hinterlegt. Sie haben weiter diese Wertpapiere, weil ihre Fälligkeit eingetreten war, im Auftrage der Kl. gegen 200 000 RM andere, von der Kl. erhaltene Hamburger Schatzanweisungen ausgewechselt. Für diese Geschäfte haben sie der Kl. je 530 RM Gebühren nach § 87 RAGebO. in Rechnung gestellt.

Der UrkB. und das LG. haben im Kostenfestsetzungsverfahren die Festsetzung dieser Gebühren abgelehnt unter Berufung auf die ständige Rspr. der Kammer.

Die sofortige Beschw. der Kl. ist unbegründet.

Die sog. Hebegebühr aus § 87 RAGebO. steht dem Anwalte zu für die „Erhebung und Ablieferung" von Geldern oder Wertpapieren (Abs. 2). Unter einer „Erhebung" kann aber nicht jede „Empfangnahme" verstanden werden, insbes. nicht der Fall, daß der Anwalt Gelder oder Wertpapiere von seinem Auftraggeber empfängt; das würde dem Sprachgebrauche durchaus widersprechen. Eine „Erhebung" setzt vielmehr voraus, daß der Anwalt als Beauftragter oder auftragloser Geschäftsführer seiner Partei Gelder oder Wertpapiere, die der Partei geschuldet werden, für Rechnung der Partei in Empfang nimmt (RGZ. 9, 329).

Durch diese Tätigkeit allein ist die Gebühr aber noch nicht verdient. Hinzukommen muß vielmehr die Ablieferung an die Partei oder — was dem gleichzustellen ist — die Ablieferung an eine von der Partei bestimmte Stelle. Beides muß, wie der Wortlaut („und") ergibt, zusammentreffen.

Hiernach haben die Anwälte der Kl. keine Hebegebühr dadurch verdient, daß sie die von der Kl. empfangenen Schatzanweisungen zum Zwecke der Hinterlegung an die Hinterlegungsstelle ablieferten. Allerdings haben die Anwälte dann die hinterlegten Papiere, die gegen andere ausgetauscht worden sind, für Rechnung der Partei von der Hinterlegungsstelle in Empfang genommen; dasselbe ist nach Rechtskraft des Urteils inzwischen auch geschehen mit den eingetauschten Papieren. Auch für diese Tätigkeiten kann den Anwälten jedoch die Gebühr nicht zugebilligt werden. Die Papiere waren von vornherein zur Rücknahme bestimmt. Mit der Rücknahme wurde nur der alte Zustand wiederhergestellt, der vor der Hinterlegung bestand. Die Hinterlegung und die Rücknahme hängen eng zusammen. Es würde unter diesen Umständen ein durchaus unbefriedigendes, sachlich nicht gerechtfertigtes Ergebnis sein, die Hebegebühr für die Hinterlegung der von der Partei empfangenen Papiere zu versagen, sie aber für die Geschäfte zuzubilligen, die die Hinterlegung rückgängig gemacht haben.

Zu prüfen ist weiter, ob den Anwälten für die Hinterlegung oder deren Aufhebung etwa nach § 89 RAGebO. eine unter entsprechender Anwendung der Gebührenordnung zu berechnende Gebühr zusteht, und ob ihnen auf diesem Wege eine Gebühr in Höhe der Hebegebühr zukommt (Rittmann-Wenz, 16. Aufl., S. 650, Anm. 2 zu § 87 RAGebO.). Das muß gleichfalls verneint werden. Die Vorschrift des § 87 RAGebO. regelt einen Sonderfall und duldet keine entsprechende Anwendung, zumal die Empfangnahme und Ablieferung von Geldern oder Wertpapieren nicht zu den Aufgaben gehört, die dem Rechtsanwalt als solchem obliegen.

Auch sonstige Gebühren sind den Anwälten nicht zuzubilligen. Das Verfahren, betreffend die Bestellung einer Sicherheit, die die Vollstreckbarkeit des Urteils herbeiführen soll, ist dem Rechtsstreite, nicht der Zwangsvollstreckung, zuzurechnen. Das gleiche gilt für die Rücknahme der Sicherheit (JW. 1935, 42). Dann sind diese Geschäfte aber nach der Regel des § 29 Abs. 1 RAGebO. durch die Prozeßgebühr (§ 13 Nr. 1 RAGebO.) abgegolten. Insbesondere steht den Anwälten, die die Prozeßgebühr verdienen, auch die Gebühr des § 24 Nr. 2 RAGebO. (Anträge auf Anordnung der Rückgabe einer Sicherheit im Falle des § 715 ZPO.) nicht neben der Prozeßgebühr zu; insoweit ist eine Ausnahme in § 30 RAGebO. nicht bestimmt. Der UrkB. und das LG. haben es aus diesem Grunde auch mit Recht abgelehnt, die Gebühr des § 24 Nr. 2 RAGebO. festzusetzen, die die Bekl. zunächst neben der Hebegebühr beansprucht hatten.

(OLG. Hamburg, Beschl. v. 25. Nov. 1936, 1 W 256/36.)

Anmerkung: 1. Der obige Beschluß des OLG. Hamburg befriedigt weder nach Ergebnis noch nach Begründung. Er verneint das Entstandensein der Hebegebühr im vorl. Fall.

Neben einem ausdrücklich oder stillschweigend erteilten Auftrag der Partei ist erforderlich, daß die Tätigkeit des Anwaltes bzgl. der Gelder oder Wertpapiere sich auf deren Erhebung und Ablieferung zusammen bezieht, um die Gebühr des § 87 RAGebO. zu begründen. Diese Tätigkeit sieht das OLG. Hamburg im Anschluß an die frühe RGRspr. hier nicht als erfüllt an, sie komme nur dort in Betracht, wo durch den Anwalt für Rechnung der Partei vom Schuldner Gelder oder Wertpapiere empfangen und sodann an die Partei abgeliefert würden. Diese verengte Auslegung ist unbegründet, was seit fast einem halben Jahrhundert immer wieder hervorgehoben worden ist. Sie widerspricht den Entstehungsgründen des § 87 wie dessen Verhältnis zu anderen Gebührenbestimmungen.

Es ist zunächst darauf hinzuweisen, daß § 87 in der gewählten Fassung gerade geschaffen worden ist, um die Richtung der (zumindest zweiaktigen) Tätigkeit des Anwalts nicht zum ausschlaggebenden Kriterium zu machen. Es ist also ohne Belang, ob die Tätigkeit des Anwalts hinsichtlich des Geldes im Prozeß oder außerhalb des Prozesses stattfindet, ob der Zweck der Erhebung und Ablieferung des Geldes ein prozessualer oder ein anderer ist, ob der Schuldner an den Anwalt für dessen Partei leistet, oder umgekehrt die Partei durch den Anwalt für einen Prozeß- oder Vollstreckungszweck. Nur muß die einschlägige

Tätigkeit des Anwaltes mit dem Geschäftsbetrieb des betreffenden, unter die RAGebO. fallenden Verfahrens im *Zusammenhang* stehen, damit die Tätigkeit nach § 87 RAGebO. honoriert werden kann, während andernfalls sich nur die Gesetzesquelle für die Vergütung ändert (LGebO.), nicht aber etwa Gebührenfreiheit für diese Tätigkeit eintritt.

2. Hätte § 87 zum einzigen oder wesentlichen Fall nur den haben sollen, daß der Anwalt für seinen Auftraggeber Gelder oder Wertpapiere vom Schuldner (oder von einem für diesen leistenden Dritten) empfängt und dann an seine Partei abliefert, dann hätte § 87 eine Fassung erhalten müssen, wie sie etwa § 13 GVollzGebO. zeigt, eine Bestimmung, die bei Abfassung der etwas jüngeren RAGebO. als bekannt bereits vorlag. Zeigt bereits der Vergleich dieser beiden Bestimmungen miteinander — wie übrigens auch entsprechende Äußerungen der Motive zu § 87 —, daß § 87 bewußt ein *Mehr* erfassen soll, als ihm die verengte Auslegung zubilligen will, so wird dies Mehr heutigentags nochmals bestätigt und unterstrichen durch § 148 RKostO., der dem § 87 RAGebO. sachlich wie sprachlich entspricht.

3. *Geldgebarung* für andere ist im Bereich der von der RAGebO. ergriffenen Verfahren keine unmittelbare Aufgabe des Anwaltes, wohl aber eine *Nebentätigkeit*, die mit den unmittelbaren anwaltlichen Aufgaben im Zusammenhang steht. Als auf eine Nebentätigkeit bzgl. hat die Hebegebühr ihre Aufnahme in den Schlußbestimmungen der RAGebO. gefunden. Denn wenn auch nicht unbedingt notwendig, so ist es doch vielfach zweckmäßig und darum auch üblich, die mit dem Prozeß oder mit der Zwangsvollstreckung zusammenhängende Geldbewegung durch den Anwalt gehen zu lassen, damit die Ordnungsmäßigkeit und Rechtzeitigkeit der Geldbewegung gewährleistet ist. Für beide trägt der Anwalt die Verantwortung wie auch für die Geldverwahrung, Quittungsleistung usw. Schließlich verursacht ihm die Geldbesorgung noch an sich Zeitaufwand. Als auf den *gegenständlichen Vorgang* der Geldbesorgung und die damit spezifisch verbundenen Verantwortlichkeiten bezogen entsteht die Hebegebühr *stets besonders*, d. h. sie wird nie durch eine andere Gebühr mit abgegolten, sondern ist *neben* anderen bereits entstandenen oder etwa entstehenden Gebühren und *unabhängig* von ihnen zu zahlen. Mit anderen Worten: Der *Zweck*, der mit der vom Anwalt besorgten Geldbewegung verfolgt wird, ist gebührenrechtlich getrennt von der Geldbewegung zu bewerten. Er bestimmt sich nach der Haupttätigkeit, zu der die Vornahme der Geldbewegung Nebentätigkeit ist. Steht er in Beziehung zum Geschäftsbetrieb des Prozesses, so wird er durch die Prozeßgebühr des Verfahrens mit abgegolten. Steht er in Beziehung zum Geschäftsbetrieb der Zwangsvollstreckung, wie vorliegendenfalls als Hinterlegung zur Erlangung der vorläufigen Vollstreckbarkeit des Urteils, dann wird er durch die Gebühr des § 23 Ziff. 18, die die Prozeßgebühr des Zwangsvollstreckungsverfahrens ist (vgl. § 23 RAGebO. eingangs) mit abgegolten. Denn *prozeßrechtlich* gehört die Hinterlegung zur Erlangung der Vollstreckbarkeit des Urteils nicht zum Prozeß (Erkenntnisverfahren), da der weitere Prozeßverlauf (Eintritt der Rechtskraft des Urteils oder Rechtsmitteleinlegung) unabhängig von Hinterlegung oder Nichthinterlegung ist, sondern zur Zwangsvollstreckung. Nach § 751 ZPO. ist Sicherheitsleistung Bedingung des Beginns der Zwangsvollstreckung. Prozeßrechtlich ist sie der Erwirkung der Vollstreckungsklausel nachgeschaltet, so daß der Streit darüber, ob die Zustellung des Urteils mit Vollstreckungsklausel noch zum Prozeß oder schon zur Zwangsvollstreckung gehört (vgl. RG.: JW. 1932, 654[61] mit Anm. *Walsmann*), hinsichtlich der Zurechnung der Hinterlegung zur Zwangsvollstreckung nicht gut möglich ist, da überdies noch folgendes hinzutritt:

Anwaltsgebührenrechtlich gehört eine *vorbereitende* Tätigkeit zu dem Verfahren, das bezweckt ist und dem sie gilt (vgl. RAGebO. § 1 a. E., das dort genannte Beraten beschränkt sich nicht auf Ratserteilung, sondern betrifft jede das betr. Verfahren vorbereitende Tätigkeit. Die Hinterlegung als vorbereitende Tätigkeit der Zwangsvollstreckung anzusehen, dürfte auch dem Sinn des § 31 RAGebO. entsprechen).

Den vorstehenden prozeßrechtlichen Gegebenheiten geht der Beschluß nicht nach. Auch der RG.-Beschluß: RGZ. 11, 364, der neben dem RG.-Beschluß: RGZ. 9, 329 den Streit um die Hebegebühr verursacht hat, ging an diesen prozeßrechtlichen Gegebenheiten vorbei, nahm dazu das Wort Prozeßbetrieb allzu wörtlich (also lediglich in Beziehung auf den Prozeß als Rechtsstreit oder Erkenntnisverfahren), versperrte sich damit die Erkenntnis, daß es auch bei der Zwangsvollstreckung einen Prozeßbetrieb (Geschäftsbetrieb) gibt und übersah schließlich noch die bereits oben hervorgehobene Endbestimmung aus § 1 RAGebO. Auch *Baumbach* unterscheidet in Anm. 2 c zu § 13 RAGebO. in RKostG. bzgl. der Bestellung einer Sicherheit nicht scharf genug, was im Gegensatz zu seinen Unterscheidungen für den Fall der Rückgabe steht, wie auch seiner eigenen, auf die Verschiedenheit der Sicherheitsleistungsfälle hinweisenden Vorbemerkung vor § 108 ZPO. widerspricht.

4. Daß für den Antrag auf *Rückgabe* einer Sicherheit gem. § 715 ZPO. die Kleingebühr aus § 24 Ziff. 2 erwächst, wenn sich der Antrag als Einzeltätigkeit darstellt, diese aber entfällt, wenn die Prozeßgebühr selbst entstanden ist, ergibt sich ebenfalls aus der prozessualen Bezogenheit des Anwaltsgebührenrechts. Denn das Freiwerden der Sicherheit ist hier Funktion des Prozeßverlaufs, des Eintritts der Urteilsrechtskraft. Der Antrag auf Rückgabe gründet sich unmittelbar hierauf und gehört darum zum Geschäftsbetriebe des Prozesses selbst. Dagegen ist Fortgang und Beendigung der Zwangsvollstreckung völlig unabhängig von der Rückgabe der — eben und nur durch den Prozeßverlauf — gegenstandslos gewordenen Sicherheitsleistung. Darum ist vorliegendenfalls diese Gebühr nicht entstanden, weil sie durch die Prozeßgebühr des Rechtsstreits selbst konsumiert ist.

Dagegen erscheint die Ansicht, die Gebühr aus § 24 Ziff. 2 würde auch durch die Zwangsvollstreckungsgebühr, wo nur diese erwächst (also für einen Anwalt, der keinen Prozeßauftrag hatte) mit abgegolten (vgl. OLG. Kiel: JW. 1934, 1192 m. Anm. *Beck*), als zu weit gehend. Wohl steht die Tätigkeit nach § 715 ZPO. für den Anwalt, der nur die Vollstreckung betreibt, mit dem Betreiben der Zwangsvollstreckung in einem gewissen Zusammenhang. Dieser Zusammenhang ist aber nicht derart eng, daß er die im Prozeßrecht begründete Verschiedenheit beider Tätigkeiten wiederum aufhöbe. Das wird auch von der früheren RGEntsch.: JW. 1893, 561, die mehr beschreibend als analytisch vorgeht, übersehen.

5. Weiter ist m. E. im obigen Beschluß auch unbegründet, die Anwendbarkeit des § 89 RAGebO. auf die Hebegebühr zu verneinen. § 89 bringt den Grundsatz zum Ausdruck, daß *jede* anwaltliche Tätigkeit zu vergüten ist, soweit nicht das Gegenteil aus dem Gesetze sich ergibt. Dieser Grundsatz ist einer der obersten Grundsätze des Anwaltsgebührenrechts, da er den wirtschaftlichen Grundlagen des freien Berufes des Anwaltes, keine festen und dauernden Bezüge wie der beamtete Rechtswahrer zu haben, sondern auf die Honorierung von Aufträgen angewiesen zu sein, Rechnung trägt. Zugleich beruht § 89 weiter auf der Erkenntnis, daß die Bezogenheit der RAGebO. in ihrem gesetzlichen Aufbau auf typische Prozeßverläufe nicht der Vielfältigkeit und Verschiedenheit der konkreten vom Anwalt zu leistenden Aufgaben voll gerecht werden kann und eröffnet daher bewußt die Möglichkeit, ohne Wortpressung oder Silbenstechen konkreten Sachverhalt und gesetzliche Tatbestandsvoraussetzungen für die Entstehung einer Gebühr in Einklang zu bringen. § 89 befreit also vom Wort und gewährt Raum sachlicher Erkenntnis von Handlungen und Vorgängen. Demgegenüber erweist sich aber der Satz im obigen Beschluß über das Verhältnis von § 89 zu § 87 offensichtlich als Mißverständnis.

§ 87 regelt die Vergütung für eine anwaltliche Einzeltätigkeit, die dem Anwalt zwar nicht als solchem obliegt, aber gerade Begleiterscheinung (darum Nebentätigkeit) seiner beruflichen Stellung im allgemeinen wie seiner funktionellen im Verfahren ist. § 87 kann somit zutreffend nicht unter der Kategorie: Sonderfall, der keine entsprechende Anwendung dulde (also „Ausnahmefall") begriffen werden, sondern durch Erkenntnis der Voraussetzungen wie des Umfanges dieser Begleiterscheinung. Ihre Vergütung zieht § 87 in die RAGebO. ein. Damit wird auch sie durch § 89 mit erfaßt. § 89 hat eben die Bedeutung

einer Generalklausel. So kommt auch in anderem Zusammenhang Gaedeke: JW. 1934, 2648 betr. des § 89 zu folgendem Ergebnis: § 89 ist gleichsam der Sammelparagraph, um alle diejenigen Tätigkeiten gebührenrechtlich zu erfassen, die nach der RAGebO. abzugelten sind, ohne daß diese sie besonders aufführt. Es ist dabei in der Weise vorzugehen, daß diejenige Gebührenbestimmung heranzuziehen ist, die bereits eine gleichartige oder ähnliche Tätigkeit gebührenrechtlich regelt."

6. Da die Gebühr aus § 87 keine Pauschgebühr ist, erwächst sie als Einzelgebühr. Dies hätte vorliegendenfalls zur Folge gehabt, daß bei einer zweimal notwendig werdenden Hinterlegung die Gebühr auch zweimal erwachsen wäre.

7. Der Erstattungsfähigkeit der Hebegebühr ist die Praxis bekanntlich recht abgeneigt. Denn ein gesetzlicher Zwang, die Geldbewegung durch den Anwalt vornehmen zu lassen, besteht nicht und die in der Sache oder in der Verfahrenssituation gelegene Zweckmäßigkeit des Handelns auf diese Weise wird bei Betrachtung ex post oft nicht mehr erkannt. Jedoch hat gerade ein anderer Senat des OLG. Hamburg (JW. 1930, 661) die Erstattungsfähigkeit der Hebegebühr bei Hinterlegung der Sicherheit zwecks Erlangung der Vollstreckbarkeit des Urteils anerkannt, weil diese Hinterlegung einer Partei selbst gewisse Schwierigkeiten bereitet und darum zweckentsprechenderweise durch den Anwalt vorzunehmen sein wird. Bemerkt sei letztlich, daß — was oft übersehen wird — die Festsetzung der Hebegebühr, wenn sie zur Zwangsvollstreckung gehört, nicht gem. § 91 ZPO. erfolgt, sondern gem. § 788 ZPO.

RA. Dr. P. Bach, Freiburg i. Br.

*

42. §§ 27 Abs. 1 S. 1, 13 Nr. 4 RAGebO.; § 272 b Abs. 2 Nr. 4 ZPO. **Wenn das Verfahren vor dem Gericht der unteren Instanz während der Berufung gegen das Grundurteil wegen der Höhe vor Erlaß eines zurückverweisenden Urteils fortgesetzt wird, gelangt eine zweite Verhandlungs- bzw. Beweisgebühr nicht zur Entstehung. Die bloße Ladung eines Zeugen oder Sachverständigen ohne Beweisbeschluß genügt als vorbereitende Anordnung nicht für die Erhebung einer Beweisgebühr.**

Die klare Vorschrift des § 27 Abs. 1 Satz 1 RAGebO. läßt keinen Zweifel darüber, daß der Rechtsanwalt die Gebühren (mit Ausnahme der stets nur einmal verdienten Prozeßgebühr) nur dann und nur insoweit noch einmal verdient, wenn und soweit er nach der Zurückverweisung weiter tätig wird, nicht aber auch, wenn das Verfahren vor dem Gericht der unteren Instanz während der Berufung vor Erlaß eines zurückverweisenden Urteils unter Mitwirkung des Anwalts fortgesetzt wird. In diesem Falle wird der Anwalt nicht anders behandelt, als wenn eine Berufung überhaupt nicht eingelegt worden wäre. Das darf einen „pflichteifrigen" und „uneigennützigen" Anwalt aber nicht abhalten, die Fortsetzung des Verfahrens über die Höhe des Anspruchs trotz der Berufung gegen das Zwischenurteil über den Grund alsbald weiterzubetreiben, wenn das dem Interesse seines Auftraggebers entspricht. Er darf damit nicht aus dem Grunde bis zur Zurückverweisung warten, weil er dann Aussicht hat, mehr Gebühren zu verdienen. In diese Versuchung könnten nur Anwälte geraten, die nicht pflichteifrig und uneigennützig sind; nur dann, wenn der Anwalt seine Pflicht nicht erkennen und erfüllen würde, würde die Vorschrift des § 27 „prozeßhemmend" wirken können, wie der BeschwF. meint. Unter diesen Umständen würde die vom BeschwF. begehrte weite Auslegung des § 27 zu einer nicht gerechtfertigten Belohnung für selbstverständlichen Pflichteifer führen.

Es ist deshalb nur zu prüfen, welche Tätigkeit der Anwalt des Kl. nach Zurückverweisung der Berufung gegen das Grundurteil und der damit stillschweigend erfolgten Zurückverweisung wegen der Höhe vorgenommen und welche Gebühren er danach noch verdient hat.

Insoweit ist folgendes zu beachten: Ein Beweisaufnahmeverfahren (§ 13 Nr. 4 RAGebO.) hat nach der Zurückverweisung nicht stattgefunden. Der Vorsitzende hat lediglich bei Anberaumung des Termins angeordnet, daß der Sachverständige und die Zeugen zu laden seien; in dem Termin sind der Sachverständige und die Zeugen dann unvernommen entlassen worden. Eine solche vorbereitende Anordnung aus § 272 b Abs. 2 Nr. 4 ZPO. läßt aber nach der ständigen Rspr. des Senats die Beweisgebühr nicht entstehen (vgl. auch den Beschl. des KG.: JW. 1936, 3331[24]). Daran wird auch nichts dadurch geändert, daß vor der Zurückverweisung die Vernehmung des Sachverständigen von dem Vorsitzenden beschlossen worden war, daß er sein Gutachten bereits eingereicht und nach Besprechung mit den Parteien im Verhandlungstermin ergänzt hatte.

Nach alledem sind dem Kl. eine weitere Verhandlungsgebühr wegen des gesamten Klageanspruchs und eine weitere Beweisgebühr mit Recht versagt worden. Dagegen ist ihm mit Recht für die streitige Verhandlung v. 22. Okt. die volle Verhandlungsgebühr wegen des Betrages von 202,70 RM zugebilligt worden, über den allein nach Bezahlung des Restes der Klageforderung noch verhandelt worden ist.

(OLG. Hamburg, Beschl. v. 18. Dez. 1936, 1 W 335/36.)

*

43. § 38 Abs. 1 Nr. 1 RAGebO. **Mehrkosten durch Anwaltswechsel, die dadurch entstehen, daß zunächst ein Zahlungsbefehl bei einem unzuständigen Gericht erwirkt wird, braucht die Gegenseite nach Widerspruch und Verweisung an das zuständige Gericht grundsätzlich nicht zu ersetzen.**

Nachdem der Bekl. gegen den Zahlungsbefehl über 2436,66 RM Widerspruch erhoben hatte, hätte die Kl. allerdings das Versäumnisurteil, das schließlich im ersten Termin ohne streitige Verhandlung gegen den Bekl. ergangen ist, vor dem AG. Hamburg nicht erwirken können. Es konnte nur von dem sachlich zuständigen LG. Hamburg erlassen werden, an das der Rechtsstreit entsprechend dem Antrage der Kl. verwiesen worden war. Insofern mußte nach den gesetzlichen Bestimmungen allerdings ein Anwaltswechsel eintreten, da die in Altona ansässigen Anwälte, die den Zahlungsbefehl beantragt hatten, beim LG. Hamburg nicht zugelassen sind. Aus dieser Erwägung allein läßt sich aber die Frage, ob die Kl. außer der Prozeßgebühr und halben Verhandlungsgebühr ihrer Hamburger Anwälte auch eine Gebühr ihrer Altonaer Anwälte für die Erwirkung des Zahlungsbefehls (§ 38 Abs. 1 Nr. 1 RAGebO.) ersetzt verlangen kann, nicht bejahen. Es kommt vielmehr darauf an, ob es durch die Umstände geboten war, daß die Kl., statt von vornherein die beim AG. und LG. zugelassenen Hamburger Anwälte zu beauftragen, zunächst den Altonaer Anwälten Auftrag zur Erwirkung des Zahlungsbefehls gab (Beschluß des Sen. v. 12. Dez. 1935: JW. 1936, 1141[21]).

Das ist aber zu verneinen. Auch wenn der Anspruch nach ihrer Überzeugung sachlich nicht zu bestreiten ist, dürfen sich die Gläubiger regelmäßig nicht darauf verlassen, daß der Widerspruch unterbleibt; sie müssen ihre prozessualen Maßnahmen entsprechend einrichten. Einen besonderen Grund zu der sicheren Annahme, daß hier dem Bekl. nicht widersprochen werde, hat die Kl. nicht vorgetragen. Es liegt auch kein besonderer Grund dafür vor, daß sie gleichwohl zunächst die Altonaer Anwälte beauftragte. Insbesondere wäre es für sie ebenso leicht gewesen, die Hamburger Anwälte mündlich oder schriftlich zu unterrichten, wie die Altonaer. Auch nach der Entsch. des LG. Essen (JW. 1932, 2184[8]), auf die sich die Kl. beruft, sind die Mehrkosten nur dann zu erstatten, wenn der Kl. mit einem unbegründeten Widerspruche, mit der Rüge der sachlichen Unzuständigkeit und der Verweisung an das LG. nicht zu rechnen brauchte. Das OLG. Karlsruhe (JW. 1933, 2601[6]) stellt zu Unrecht nur darauf ab, daß der Anwaltswechsel deshalb notwendig gewesen sei, weil der erste Rechtsanwalt beim LG. nicht zugelassen war. Auch das KG. spricht in dem Beschl. v. 2. Juli 1929, 20 W 4723/29 (Gaedeke, Kostenrechtsprechung 1934 Nr. 100) die Mehrkosten nur dann zu, wenn der Kl. weder mit der Erhebung des Widerspruchs noch mit einem Verweisungsantrage zu rechnen brauchte. Dem KG. kann jedoch

nicht darin beigetreten werden, daß das regelmäßig zu verneinen und nur bei besonders gelagerten Fällen zu bejahen sei.

(OLG. Hamburg, Beschl. v. 30. Okt. 1936, 1 W 293/36.)

*

44. 1. Eine Gebühr gem. § 68 Ziff. 4 RAGebO. kann aus der Staatskasse für die Anfertigung eines Gnadengesuchs durch einen zum Verteidiger bestellten Anwalt nach Erlaß eines rechtskräftigen Urteils nicht verlangt werden.

2. §§ 67 Abs. 2, 89 RAGebO. Da das förmliche Haftprüfungsverfahren durch § 115a StPO. n. F. beseitigt worden ist, kann für den Verteidiger, der einen Haftentlassungsantrag gestellt hat, eine Gebühr aus § 67 Abs. 2 RAGebO. nicht festgesetzt werden.†)

Der UrkB. hat in seinem Kostenfestsetzungsbeschluß folgende in der Kostenberechnung des RA. A. eingesetzte Gebühren abgesetzt:

5/10-Gebühr gem. § 68 Ziff. 4 RAGebO. (Gnadengesuch) 40 RM; 5/10-Gebühr gem. §§ 67 Abs. 2, 89 RAGebO. (Haftentlassungsantrag v. 2. Sept. 1936) 40 RM.

Das LG. hat die Erinnerung zurückgewiesen und dazu ausgeführt:

1. Die Bestellung eines Verteidigers endigt grundsätzlich mit dem Ende des eigentlichen Strafverfahrens, das ist mit der Rechtskraft des Urteils, so daß Handlungen des Verteidigers, die nach diesem Zeitpunkte vorgenommen werden — wie Gnadengesuche — außerhalb des Rahmens seiner Verteidigerbestellung liegen. Überdies ist es im vorl. Falle im Zeitpunkt der Verteidigerbestellung ebenso wie in anderen Fällen der Wille gewesen, daß sich die Bestellung lediglich auf den Verfahrensabschnitt bis zur Rechtskraft des Urteils erstreckt. Der UrkB. hat darum zu Recht für die Erstattung aus der Staatskasse die vom Verteidiger beanspruchte Gebühr nach § 68 Ziff. 4 RAGebO. gestrichen.

2. Was weiterhin die beanspruchte Gebühr nach §§ 67 Abs. 2, 89 RAGebO. anlangt, so kommt eine solche für die Erstattung aus der Staatskasse ebenfalls nicht in Betracht. § 67 Abs. 2 a. a. O. bestimmt, daß die Gebühr nach § 67 Abs. 1a a. a. O. der Rechtsanwalt für die Mitwirkung in der mündlichen Verhandlung über den Haftbefehl (§§ 114 d, 115 a StPO.) erhält. Diese inzwischen durch das Gesetz v. 24. April 1934 gegenstandslos gewordene Bestimmung bezog sich zur Zeit ihrer Geltung, wie schon der Wortlaut ergibt, nicht auf Stellung von Haftentlassungsanträgen und Vertretung im Haftprüfungsverfahren, das ohne mündliche Verhandlung stattfand. RA. A. hätte darum für die Stellung seiner Haftentlassungsanträge auch während der Geltung der Bestimmung über das Haftprüfungsverfahren und über mündliche Verhandlung im Rahmen dieses Verfahrens eine Gebühr aus § 67 Abs. 2 a. a. O. nicht berechnen können und kann dies darum erst recht nicht jetzt unter Heranziehung des § 89 a. a. O. tun. Die Stellung von Haftentlassungsanträgen wird, wie bereits früher, mit der Gebühr nach § 67 Abs. 1 a. a. O., und soweit die Zeit nach Eröffnung des Hauptverfahrens in Frage kommt, mit der Gebühr nach § 63 a. a. O. abgegolten.

Der Senat tritt dem angefochtenen Beschluß und seiner zutreffenden Begründung in vollem Umfang bei.

(OLG. Dresden, Beschl. v. 4. Dez. 1936, 21 Ws 323/36.)

Anmerkung: 1. § 68 Ziff. 4 RAGebO.

Die Bestellung des Verteidigers erfolgt für das ganze Verfahren, das mit Erhebung der öffentlichen Klage und dem Eröffnungsbeschluß beginnt und mit dem rechtskräftigen Urteil endet (RGSt. 40, 6). Die Anfertigung eines Gnadengesuchs liegt nicht nur außerhalb der Instanz, sondern als außerprozessualer Akt außerhalb des Strafprozesses. Das Gnadengesuch ist daher auch besonders zu vergüten, selbst wenn es von dem als Verteidiger tätig gewesenen Anwalt gefertigt ist. Eine Erstattung der Gebühr für Anfertigung des Gnadengesuchs nach rechtskräftigem Urteil durch den zum Verteidiger bestellten Anwalt aus der Staatskasse kommt daher nicht in Betracht. Diese Ansicht wird im Schrifttum unter anderem von Baumbach (Reichskostengesetz, Anm. 4 zu § 68 RAGebO.) und Rittmann-Wenz (Gerichtskostengesetz, Anm. 1 zu § 68 RAGebO.) vertreten, in der Rspr. zuletzt von KG.: JW. 1932, 2906.

2. §§ 67 Abs. 2, 89 RAGebO.

§ 67 Abs. 2 RAGebO. spricht dem Rechtsanwalt für die Mitwirkung bei der mündlichen Verhandlung über den Haftbefehl im Falle der §§ 114 d und 115 a StPO. die Gebühr des § 67 Abs. 1 RAGebO. zu. Durch Art. 5 Ges. v. 24. April 1934 (RGBl. I, 341) ist § 114 d StPO. gestrichen und § 115 a StPO. geändert worden. Es gibt keine mündliche Verhandlung mehr über den Haftbefehl. Die Bestimmung des § 67 Abs. 2 RAGebO. ist durch das Gesetz nicht ausdrücklich beseitigt. Da sie jedoch eine Gebühr nur für die Mitwirkung eines Anwalts bei der mündlichen Verhandlung über den Haftbefehl vorsieht, eine mündliche Verhandlung aber nicht mehr stattfindet, ist sie als ohne weiteres gegenstandslos geworden anzusehen. Der Anwalt, der einen Haftentlassungsantrag stellt, kann demnach eine Gebühr nur auf Grund einer anderen Vorschrift verlangen. Die Bestimmung findet sich im § 69 RAGebO., sofern die Tätigkeit nicht durch die Gebühr für die Verteidigung mit umfaßt wird. § 89 RAGebO. ist nicht anwendbar.

RA. Prof. Dr. Noack, Halle.

Reichskostenordnung

45. §§ 18, 19, 54 KostO.

I. Der Geschäftswert für die Auflassung eines gekauften Grundstücks und für die Eintragung des Käufers im Grundbuch berechnet sich grundsätzlich nach dem Kaufpreis für das Grundstück (abzüglich eines hierin etwa enthaltenen Preises für Zubehör) und nur dann nach dem letzten Einheitswert, falls dieser den Kaufpreis übersteigt und dies nicht darauf beruht, daß nach Abschluß des Kaufvertrages das Grundstück für Rechnung des Erwerbers bebaut worden ist.

II. Bei einem Apothekengrundstück mit einer zur Präsentation des Nachfolgers berechtigenden Konzession ist dem Kaufpreis für das Grundstück das Entgelt für die Präsentation oder für den zugunsten des Nachfolgers ausgesprochenen Verzicht auf die Konzession hinzuzurechnen.

III. Hat der Käufer die Grunderwerbsteuer übernommen, so ist sie zur Hälfte dem Kaufpreis hinzuzurechnen.

Durch notariellen Vertrag hat der Apotheker Sch. ein Grundstück nebst Apothekengerechtigkeit (Realkonzession mit dem Recht zur Präsentation eines Nachfolgers), Warenbestand und Einrichtung der Apotheke zum Preise von 145 000 RM gekauft. Im Vertrage ist der Wert des Grundstücks entsprechend dem Einheitswert auf 55 700 RM, der Wert des Warenlagers auf 15 000 RM angegeben und bestimmt, daß der Käufer die Grunderwerbsteuer trägt. Die Kosten der Grundbucheintragung sind gem. §§ 26, 54 KostO. nach einem Geschäftswert von 130 bis 140 000 RM berechnet worden, während der Kostenschuldner nur die Annahme eines Wertes von 74 300 RM (Kaufpreis abzüglich Wert der Konzession, des Warenlagers und der Einrichtung) für zulässig hält. Die Beschw. und die vom LG. zugelassene weitere Beschw. sind erfolglos geblieben.

Nach § 18 Abs. 1 KostO. ist im Gegensatz zu § 20 Abs. 1 PrGKG. bei der Bewertung von Grundbesitz nicht mehr der gemeine Wert, sondern der letzte Einheitswert maßgebend. § 18 Abs. 1 S. 1 KostO. erleidet eine wesentliche Einschränkung durch § 19 Abs. 1 S. 1 KostO., wo bestimmt ist, daß beim Kauf von Sachen der Kaufpreis maßgebend ist. Diese Vorschrift bezieht

sich, wie sich aus ihrer Stellung im Abschnitt „Allgemeine Bestimmungen“ der KostO., und aus den einleitenden ganz allgemein gefaßten Worten „beim Kauf“ ergibt, nicht nur auf die Beurkundung des Kaufvertrages, sondern auch auf die Beurkundung der Übereignung der Kaufsache, insbes. der Auflassung, und auf die Eintragung des Käufers im Grundbuch (Jonas-Melsheimer, § 19 KostO., Anm. I, 2; Korintenberg-Wenz, § 19 KostO., Anm. 1 u. a.). Dies hat auch seinen guten Grund, da sich aus dem Kaufpreis in aller Regel am besten der wahre Wert einer Sache ergibt und es wirtschaftlich nicht gerechtfertigt wäre, der Gebührenberechnung einen von diesem wahren Wert abweichenden Betrag zugrunde zu legen. Auch § 19 Abs. 1 S. 2 KostO., daß beim Kauf eines Grundstücks eine für Rechnung des Erwerbers erfolgte Bebauung bei Ermittlung des Wertes außer Betracht bleiben soll, beweist die Richtigkeit der Ansicht, daß sich § 19 Abs. 1 S. 1 KostO. nicht etwa nur auf den obligatorischen Vertrag, sondern auch auf das dingliche Erfüllungsgeschäft (Auflassung, Eintragung) bezieht. Denn diese Bestimmungen zielt auf solche Fälle ab, in denen beim Kauf eines unbebauten Grundstücks zwischen dem Abschluß des Kaufvertrages und der Auflassung oder Eintragung bereits mit der Bebauung des Grundstücks begonnen ist (Jonas-Melsheimer, § 19 KostO., Anm. IV, 1). Diese Bestimmung kann nur praktisch Bedeutung erlangen, wenn sich § 19 Abs. 1 S. 1 KostO. auch auf das dingliche Erfüllungsgeschäft bezieht. Der Geschäftswert für die Auflassung eines gekauften Grundstücks und für die Eintragung des Erwerbers berechnet sich daher grundsätzlich nach dem Grundstückskaufpreis und nur dann nach dem Einheitswert, wenn dieser den Kaufpreis übersteigt und dies nicht darauf beruht, daß nach Abschluß des Kaufvertrages das Grundstück für Rechnung des Erwerbers bebaut worden ist. Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, daß sich der Kaufvertrag häufig auch auf Grundstückszubehör erstrecken wird, während Auflassung und Eintragung stets nur das Grundstück als solches zum Gegenstand haben, und daß deswegen bei der Vereinbarung eines einheitlichen Kaufpreises bei der Berechnung der Gebühren für die Beurkundung der Auflassung und für die Eintragung der Teil des Kaufpreises ausgeschieden werden muß, der auf die nicht zum Grundstück gehörigen Gegenstände entfällt (Jonas-Melsheimer, § 19 KostO. Anm. I, 3; Korintenberg-Wenz, § 19 Anm. I, 1; Rusche, KostO., § 19 Anm. 1 a).

Im vorl. Fall hat daher bei der Berechnung des Kaufpreises der Preis für das Warenlager und für die Einrichtung mit zusammen 15 000 *RM* auszuscheiden, nicht dagegen der Preis für die Apothekengerechtigkeit oder richtiger das Entgelt für die Präsentation des Nachfolgers oder den Verzicht auf die Konzession zu seinen Gunsten. Dieser Gegenwert ist vielmehr als untrennbarer Teil des Kaufpreises für das Grundstück anzusehen, wie ohne weiteres die Erwägung zeigt, daß bei einem Grundstück, auf dem seit langem eine Apotheke betrieben wird, durch diesen Betrieb eine Werterhöhung eintritt, die bei der Bemessung des Kaufpreises berücksichtigt zu werden pflegt, aber auch sonst zutage tritt, so insbes. bei der Belastung des Grundstücks mit Hypotheken. Der Senat hält daher auch für das Recht der KostO. seine frühere Rspr. zum PrGKG. aufrecht, daß der Kaufpreis für ein Grundstück das Entgelt für den Verzicht auf die Apothekenkonzession mit zu umfassen hat (BürBl. 1931, 59; JVerwBl. 1934, 262 u. a.; ebenso Jonas-Melsheimer, § 19 KostO. Anm. 3 a; Rusche, § 19 KostO. Anm. 1 c; Bree, § 19 KostO. Anm. 2).

Hiernach beträgt der Geschäftswert über 130 000 *RM*. Denn zu dem nach vorstehenden Grundsätzen zu ermittelnden Kaufpreis für das Grundstück von 145 000 — 15 000 *RM* = 130 000 *RM* tritt nach der ständigen Rspr. des Senats die Hälfte der Grunderwerbsteuer hinzu; übernimmt der Käufer die Zahlung der gesamten Grunderwerbsteuer, so bildet die Hälfte der Steuer einen Teil seiner Leistung, da sie andernfalls gesetzlich dem Veräußerer zur Last fallen würde (BürBl. 1928, 91; Jonas-Melsheimer, § 19 KostO. Anm. 3 a; Korintenberg-Wenz, § 19 KostO. Anm. 2).

(KG., ZivSen. 1 a, Beschl. v. 27. Nov. 1936, 1 a Wx 1910/36.)

*

46. §§ 72 Nr. 3, 73 KostO. **Für die Eintragung der Sitzverlegung einer AktG. im Handelsregister des bisher registerführenden Gerichts ist die Gebühr des § 72 Nr. 3 b KostO. auch dann zu erheben, wenn die bisherige Niederlassung nicht als Zweigniederlassung fortbestehen soll.**

Für die handelsregisterliche Eintragung der Verlegung des Sitzes der Hauptniederlassung einer AktG. an den Sitz ihrer bisherigen Zweigniederlassung entstehen bei beiden beteiligten Registergerichten voneinander getrennte Gebühren aus § 72 Nr. 3 KostO. (vgl. KG. v. 4. Dez. 1936, 1 a Wx 1725/36). Vorliegend steht nur die Frage zur Entsch., welcher Gebührensatz des § 72 Nr. 3 KostO. für die Eintragung der Sitzverlegung beim Gericht der bisherigen Hauptniederlassung Anwendung findet, wenn die Hauptniederlassung auch nicht etwa als Zweigniederlassung künftig fortbestehen bleiben soll. Während die Vorinstanzen übereinstimmend annehmen, daß es sich bei einer derartigen Eintragung um eine „spätere Eintragung“ i. S. des § 72 Nr. 3 b KostO. handle, vertritt die Kostenschuldnerin den Standpunkt, es liege bei der Eintragung im Handelsregister der bisherigen Hauptniederlassung eine „Löschung der Gesamteintragung“ vor, so daß nur eine Gebühr aus § 72 Nr. 3 c KostO. zum Ansatz kommen dürfe. Die Auffassung der Kostenschuldnerin kann rechtlich nicht gebilligt werden.

Das LG. weist zunächst mit Recht darauf hin, daß die Sitzverlegung der AktG. eine Satzungsänderung darstelle, die mit der Eintragung in das Handelsregister des Gerichts des bisherigen Sitzes wirksam werde. Ihrem Inhalt nach handelt es sich daher bei der Eintragung der Sitzverlegung um den registerlichen Vermerk einer Veränderung hinsichtlich der fortbestehenden Gesellschaft, nicht aber um eine Löschung. Wenn auch die Eintragung der Sitzverlegung im Handelsregister der bisherigen Hauptniederlassung jedenfalls dann, wenn sie nicht als Zweigniederlassung fortbestehen bleibt, zur Folge hat, daß gem. § 27 AllgVerf. v. 7. Nov. 1899 (JMBl. 313) alle bisherigen Eintragungen in diesem Register rot zu unterstreichen sind, so soll damit doch nur äußerlich kenntlich gemacht werden, daß ein Wechsel des Gerichts in der Führung des Handelsregisters für diese Firma eingetreten ist. An dem materiellen Inhalt der Eintragung als einer Satzungsänderung und nicht als einer Löschung kann jedoch dieser nur die technische Führung des Registers angehende äußere Vorgang nichts ändern. Wenn also die geringere Gebühr des § 72 Nr. 30 KostO. an die Voraussetzung geknüpft ist, daß die gebührenpflichtige Tätigkeit des Gerichts sich als eine „Löschung der Gesamteintragung“ darstellen muß, so kann dieses aus dem Wortlaut des Gesetzes folgende Erfordernis im Falle der Eintragung einer Satzungsänderung nicht als erfüllt angesehen werden, selbst wenn man unter der zu löschenden „Gesamteintragung“ i. S. des § 72 Nr. 3 c KostO. nur die Gesamtheit der Eintragungen im Register des einzelnen Gerichts unabhängig von der Führung des Registers für die gleiche Gesellschaft bei einem anderen Gericht versteht.

Dieser Auslegung des § 72 Nr. 3 c KostO. kann freilich entgegengehalten werden, daß sie sich zu eng an den Wortlaut des Gesetzes anlehnt und einem vom Gesetzgeber möglicherweise beabsichtigten weitergehenden Zweck dieser Gebührenvorschrift nicht hinreichend Rechnung trägt. Auch hat der Senat in seinem Gutachten v. 17. Jan. 1913 (JMBl. 1913, 58) zum preußischen Kostenrecht (§ 69 Nr. 1 c PrGKG. a. F.) ausgeführt, daß im gebührenrechtlichen Sinne Löschung einer Firma nicht gleichbedeutend mit ihrem Erlöschen sei, eine Löschung der Firma ohne ihr Erlöschen vielmehr kostenrechtlich auch im Falle der Sitzverlegung angenommen werden müsse. Hierauf beruht es offenbar, wenn im Schrifttum zu § 72 KostO., soweit es zu der Frage Stellung nimmt, die Ansicht vertreten wird, § 72 Nr. 3 c KostO. sei jedenfalls entsprechend anzuwenden, wenn infolge der Sitzverlegung einer Gesellschaft das Register des bisher registerführenden Gerichts geschlossen werde (Jonas-Melsheimer, KostO., § 72 Anm. II, 4; Korintenberg-Wenz, KostO., § 72 Anm. 1 b und 1 c; Rusche, KostO., § 72 Anm. 2 c; Bree, KostO., § 72 Anm. II, 3 und 4). Der Senat vermag jedoch auch nach dem Gebührenaufbau des § 72 Nr. 3 KostO. diese Ansicht nicht als zutreffend anzusehen.

§ 72 Nr. 3 KostO. unterscheidet bei AktG., KommGes. a. A. und GmbH. zwischen Gebühren für die Eintragung der Gesellschaft und von Kapitalveränderungen (Nr. a), Gebühren für jede spätere Eintragung (Nr. b) und Gebühren für die Löschung der Gesamteintragung (Nr. c). Die Frage, wann gebührenrechtlich die Eintragung der Gesellschaft, eine spätere Eintragung oder die Löschung der Gesamteintragung vorliegt, läßt sich von verschiedenen Gesichtspunkten aus betrachten.

Man kann einmal annehmen, daß es für die Frage des anzuwendenden Gebührenrahmens auf den materiellen Inhalt der Eintragung und ihre Bedeutung für das Entstehen und Fortbestehen der Gesellschaft ankommt. Dann würde als „Eintragung der Gesellschaft" i. S. des § 72 Nr. 3 a KostO. diejenige zu verstehen sein, durch die materiellrechtlich die Gesellschaft zur Entstehung gelangt. Entsprechend müßte als „Löschung der Gesamteintragung" i. S. des § 72 Nr. 3 c KostO. nur die Registereintragung gelten, die die materielle Beendigung der Gesellschaft registermäßig kenntlich macht. In diesem Falle könnte die Eintragung der Sitzverlegung einer Gesellschaft gebührenrechtlich nur als „spätere Eintragung" i. S. des § 72 Nr. 3 b KostO. aufgefaßt werden.

Ferner kann man aber auch davon ausgehen, daß sich der Gebührenrahmen des § 72 Nr. 3 KostO. lediglich nach der registertechnischen Behandlung der Eintragung beurteilt. Soweit man dabei die registerliche Behandlung gebührenrechtlich auch dann als einheitliche ansieht, wenn mehrere Gerichte nacheinander (z. B. bei der Sitzverlegung) zur Führung des Registers berufen sind, kann ebenfalls nur die erste Eintragung der Gesellschaft die Gebühr aus § 72 Nr. 3 a KostO. jede spätere Eintragung, die aus Nr. 3 b und nur die letzte, mit dem Erlöschen der Gesellschaft zusammenfallende Eintragung die aus Nr. 3 c auslösen. Wenn man jedoch die Frage nur unter Berücksichtigung der Registerführung durch das jeweils in Betracht kommende einzelne Gericht beantwortet, dann kann man zu dem Ergebnis gelangen, daß die Eintragung der Sitzverlegung im Register des bisherigen Registergerichts gebührenrechtlich als „Löschung der Gesamteintragung" i. S. des § 72 Nr. 3 c KostO. aufzufassen ist. Denn durch sie wird praktisch für dieses Gericht der gleiche Erfolg wie der einer Löschung herbeigeführt, nämlich daß registertechnisch betrachtet die Gesellschaft für das Register dieses Gerichts zu bestehen aufhört. Umgekehrt müßte man aber dann für die Eintragung der Gesellschaft bei dem Gericht, in dessen Bezirk der Sitz der Gesellschaft verlegt wird, sofern dort noch keine Zweigniederlassung besteht, den Gebührenrahmen des § 72 Nr. 3 a KostO. anwenden, weil es sich dann im registertechnischen Sinn um die „Eintragung der Gesellschaft" bei dem anderen Gericht handeln würde. Diese Folgerung spricht gegen die Richtigkeit dieser letzten Auslegung. Der hohe Gebührenrahmen des § 72 Nr. 3 a KostO. soll die umfangreiche Prüfung vor der für die Entstehung der Gesellschaft wesentlichen ersten Eintragung abgelten. Bei der Sitzverlegung dagegen hat der Registerrichter des neuen Gerichts eine solche materielle Prüfung nicht vorzunehmen (KGJ. 44, 152). Es kann deshalb vom Gesetzgeber nicht gewollt sein, daß dieser hohe Gebührenrahmen auch bei der Eintragung einer Sitzverlegung Platz greifen soll.

Damit entfällt aber nach Ansicht des Senats auch die Möglichkeit, zur Anwendung des Gebührenrahmens des § 72 Nr. 3 c KostO. für die Eintragung der Sitzverlegung beim bisher registerführenden Gericht zu gelangen. Denn es muß angenommen werden, daß die Gebührenbestimmungen des § 72 Nr. 3 KostO. untereinander in inneren Beziehungen stehen, also nicht etwa die Vorschrift der Nr. 3 a unter Berücksichtigung ihres materiellen Inhalts, die der Nr. 3 c nur nach der äußeren registerlichen Behandlung der Eintragung durch das jeweils registerführende Gericht zu beantworten ist, vielmehr nur der eine oder der andere Gesichtspunkt jeweils einheitlich die Tragweite der Gebührenvorschriften bestimmt. Soweit die zu einer ähnlichen Frage, wenn auch in einem anderen Zusammenhang, in dem Gutachten v. 17. Jan. 1913 angestellten Erwägungen hiermit nicht übereinstimmen, hält der Senat sie für das Recht des § 72 Nr. 3 KostO. nicht aufrecht.

Diesem Ergebnis kann auch nicht die Bestimmung des § 73 KostO. entgegengehalten werden, der die Gebührenberechnung bei Eintragung von Zweigniederlassungen angeht. Er stellt ersichtlich nur eine Sondervorschrift dar, wenn er bestimmt, daß die Zweigniederlassung im Verhältnis zur Hauptniederlassung gebührenrechtlich selbständig zu behandeln ist, also hier nur der Inhalt des Registers des Gerichts der Zweigniederlassung für die Gebührenerhebung maßgebend sein soll. Jedoch sind im übrigen im Rahmen dieser Beschränkung die Gebührenbestimmungen des § 72 KostO. entsprechend, d. h. mit dem gleichen Sinn und der gleichen Tragweite anzuwenden, den sie für die Eintragung im Register der Hauptniederlassung haben.

Auch aus diesen Erwägungen folgert der Senat, daß die Vorinstanzen mit Recht für die in Frage stehende Eintragung eine Gebühr aus § 72 Nr. 3 b KostO. erfordert haben.

(KG., ZivSen. 1 a, Beschl. v. 4. Dez. 1936, 1 a Wx 1786/36.)

*

47. §§ 72 Nr. 3 b, 74 Abs. 1 RKostO. **Für die Eintragung der Sitzverlegung einer AktG. in das Handelsregister sind beim alten wie beim neuen Registergericht Gebühren zu erheben. Beim neuen Registergericht kommt die Gebühr aus § 72 Nr. 3 b RKostO. zur Hebung ohne Rücksicht darauf, ob sich am neuen Sitz der AktG. schon eine eingetragene Zweigniederlassung befindet.**

Unter die Eintragungen, für die die Gebühr des § 72 Nr. 3 b RKostO. zu erheben ist, sind alle Eintragungen zu rechnen, die nicht unter § 72 Nr. 3 a (Ersteintragung, Kapitalerhöhung bzw. Herabsetzung), § 72 Nr. 3 c (Löschung der Gesamteintragung) und § 72 Nr. 4 (Prokura) fallen. Da die beiden zuletztgenannten Bestimmungen bei der Eintragung der Sitzverlegung einer AktG. in das neue Register nicht in Betracht kommen, kann es sich nur darum handeln, ob die Eintragung unter § 72 Nr. 3 a a. a. O. fällt. Das ist zu verneinen. Unter der „Eintragung der Gesellschaft" i. S. dieser Vorschrift ist die erste, auf Neugründung beruhende Eintragung i. S. des § 200 Abs. 1 HGB. zu verstehen. Hier war die AktG. durch die Eintragung in das frühere Handelsregister bereits entstanden und ist weder durch die sachlich eine Satzungsänderung enthaltene Sitzverlegung noch durch die gem. § 27 AllgVfg. vom 7. Nov. 1899 (JMBl. 313) vorzunehmende Rötung der die Firma betreffenden Eintragungen, die lediglich eine Schließung des alten Registers für weitere Eintragungen der verlegten AktG. bedeutete, in ihrem Bestande berührt worden. Dem entspricht, daß der Registerrichter des neuen Gerichts eine materielle Prüfung der für die Entstehung der Gesellschaft wesentlichen Eintragungen nicht vorzunehmen hat (KGJ. 44, 152). Mit Recht hat hiernach das LG. angenommen, daß die Eintragung der AktG. in das Register des neuen Sitzes den Ansatz der Gebühr aus § 72 Nr. 3 b RKostO. rechtfertigt.

Der Ansicht des AG., daß die Gebühr entfallen müsse, weil das alte Registergericht nicht die Registerakten, sondern das Registerblatt selbst dem neuen Gericht zusenden müßte, welches dann das Blatt unter einer neuen Nummer weiterführen könnte, ohne daß es überhaupt einer Eintragung bedürfte, kann nicht beigetreten werden. Es kommt nicht darauf an, was der Gesetzgeber vielleicht hätte anordnen können, sondern wie er tatsächlich die Sache geregelt hat. Danach sind aber beim alten Registergericht alle die Firma betreffenden Eintragungen rot zu unterstreichen, und es ist ihre Neueintragung in das Register des neuen Gerichts unter Übernahme des Inhalts des bisher maßgebenden Registers vorzunehmen (§§ 27, 29, 3 a AllgVfg. v. 27. Nov. 1899 [JMBl. 313]).

Auch der Einwand der BeschwF., daß die Neueintragung ohne Anmeldung erfolgt sei, liegt neben der Sache, weil sämtliche Gebühren des § 72 RKostO. lediglich an die Tatsache einer erfolgten Eintragung und nicht an eine Anmeldung geknüpft sind, wobei es dahingestellt bleiben kann, ob es überhaupt einer förmlichen Anmeldung bei dem Gericht des neuen Sitzes bedurfte (OLG. 46, 267).

§ 74 Abs. 1 RKostO., wonach für mehrere Eintragungen auf Grund derselben Anmeldung nur eine Gebühr zu erheben ist, findet hier keine Anwendung, weil er sich nur auf Eintra-

gungen in das Register eines und desselben Gerichts bezieht. Abgesehen von dem Wortlaut der Vorschrift ergibt sich dies aus § 74 Abs. 2 RKostO., wonach sogar für die Löschung einer Firma in einer Abteilung des Handelsregisters und für ihre gleichzeitige Neueintragung in eine andere Abteilung desselben Handelsregisters die Gebühren besonders zu erheben sind. Hieraus folgt, daß, wenn schon für die Löschung und Neueintragung bei demselben Gericht zwei Gebühren erhoben werden sollen, dies um so mehr gelten muß, wenn es sich um Eintragungen bei zwei verschiedenen Gerichten handelt.

Der Umstand, daß sich an dem neuen Sitz bereits eine Zweigniederlassung befunden hat, ist ohne Belang. § 73 RKostO. bestimmt nur, daß die Zweigniederlassung im Verhältnis zur Hauptniederlassung gebührenrechtlich selbständig zu behandeln, im übrigen jedoch § 72 RKostO. entsprechend anzuwenden ist. Dagegen erfolgt die gleichzeitige Eintragung des Vermerks, daß die Zweigniederlassung aufgehoben sei, nach § 73 Abs. 2 RKostO. gebührenfrei.

(KG., ZivSen. 1 a, Beschl. v. 4. Dez. 1936, 1 a Wx 1725/36.)

Deutsches Gerichtskostengesetz

48. § 11 GKG. Bei Streitigkeiten auf Herausgabe eines Kindes ist der Streitwert auf 1000 *RM* festzusetzen.

(OLG. Braunschweig, 2. ZivSen., Beschl. v. 1. Dez. 1936, 2 W 110/36.)

*

49. §§ 17, 18 DGKG.; §§ 274 ff., 567, 568 ZPO. Eine Wertfestsetzung zur Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit findet nicht statt. Gesetzwidrig ergangene Beschlüsse können im Beschwerdewege selbst dann aufgehoben werden, wenn bei gesetzmäßigem Verfahren eine Beschwerdemöglichkeit nicht bestanden hätte.

Der Bekl. hat die Einrede sachlicher Unzuständigkeit erhoben und geltend gemacht, der Streitwert betrage mindestens 1000 *RM*. Das AG. hat daraufhin den Rechtsstreit bis zur Entsch. über den Streitwert ausgesetzt und nach Ermittlungen den Wert auf 100 *RM* festgesetzt. Auf die Beschw. des Bekl. hat das LG. den Wert auf 600 *RM* heraufgesetzt. Die weitere Beschw. des Kl. mußte zur Aufhebung beider Vorbeschlüsse führen.

Ein neuer selbständiger Beschwerdegrund liegt darin, daß das LG. unberechtigt sachlich entschieden hat, obwohl es dazu nicht befugt war (RGZ. 16, 322; 42, 352; KG.: JW. 1928, 1519). Es hat nicht über die Einrede der sachlichen Unzuständigkeit, sondern nur über die Wertfestsetzung entschieden. Die Gesetzwidrigkeit des landgerichtlichen Beschlusses ergibt sich daraus, daß eine sachliche Nachprüfung der zum Zwecke der Entsch. über die Zuständigkeit des Prozeßgerichts erfolgten Wertfestsetzung (§ 17 DGKG.) ausgeschlossen ist im Gegensatz zu einer lediglich für die Gebührenberechnung bestimmten Streitwertfestsetzung gem. § 18 DGKG. Ein besonderer Wertfestsetzungsbeschluß zum Zwecke der Entsch. über die Zuständigkeit durfte überhaupt nicht ergehen. Über die Einrede der Unzuständigkeit konnte das AG. gem. §§ 274 ff. ZPO. nur durch Urteil oder Verweisungsbeschluß entscheiden. Da das AG. selbständig über die Einrede der Unzuständigkeit zu entscheiden hatte, kommt infolgedessen auch eine Beeinflussung dieser Entsch. durch einen zur Vorbereitung erlassenen Beschluß im Beschwerdewege nicht in Frage. Dies muß um so mehr gelten, weil der Gesetzgeber widersprechende Entsch. in Zuständigkeitsfragen möglichst ausschließen will (§§ 10, 11, 512 a, 528 ZPO.). Die Entsch. über den Streitwert für die Prüfung der Zuständigkeit kann nur in den Gründen des im Zuständigkeitsstreit entscheidenden Urteils oder Verweisungsbeschlusses erfolgen und unterliegt auch nur insoweit zusammen hiermit einer Anfechtung (Rittmann-Wenz, § 17, DGKG., Anm. 1 u. a.).

War danach der Beschluß des AG. einer sachlichen Nachprüfung zwar entzogen, so durfte er andererseits als unstatthafte und fehlerhafte Entsch. ebensowenig wie die des LG. bestehen bleiben, mußte vielmehr genau so wegen Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften aufgehoben werden. Das ergibt sich schon aus dem allgemeinen Grundsatz, daß bei fehlerhaften Entsch. den Parteien unter Aufhebung des mangelhaften Verfahrens der Weg zu einer neuen, richtigen Entsch. zu eröffnen ist (RGZ. 110, 138 = JW. 1925, 2132). Durch das unrichtige Verfahren des AG. gezwungen, mußte die Beschw. zum Zweck seiner Aufhebung zulässig sein. Da diese Beschw. keinen besonderen Bestimmungen unterliegt, so kann sie nur unter den Vorschriften der §§ 567, 568 ZPO. gegeben sein. Danach muß es sich bei dem angefochtenen Beschluß um eine Entsch. handeln, die ohne vorgängige mündliche Verhandlung ergehen durfte und durch die ein das Verfahren betr. Gesuch zurückgewiesen worden ist. Da das AG. nicht über die Einrede der Unzuständigkeit entscheiden, sondern die Entsch. hierüber nur vorbereiten wollte, liegt nicht der Fall vor, daß das Gericht unter Übergehung der nötigen Verhandlung durch Beschluß statt durch Urteil entschieden hat. Vielmehr muß man davon ausgehen, daß für den gesetzwidrigen Beschluß die mündliche Verhandlung niemals obligatorisch festgesetzt sein kann. Ferner muß auch angenommen werden, daß ein das Verfahren betr. Gesuch zurückgewiesen worden ist. Der Ausdruck „Verfahren" ist hierbei nicht im engeren Sinne als Gegensatz zu dem Gegenstand einer Entsch., sondern als gleichbedeutend mit dem „Rechtsstreit" zu verstehen, so daß darunter auch das Vorbringen des Bekl., den Streitwert auf 1000 *RM* festzusetzen, fällt.

(KG., 14. ZivSen., Beschl. v. 24. Nov. 1936, 14 W 5200/36.)

*

50. §§ 77, 84 Abs. 1, 86 GKG.; § 120 ZPO. Zur Haftung des Widerklägers für Gebühren und Auslagen des Gerichts, die zugleich die Klage des armen Klägers betreffen.

Die Kl. hat im Armenrecht auf Zahlung geklagt. Die Bekl. haben Widerklage erhoben auf Zahlung von insgesamt 76 484,71 *RM*; wegen eines Teilbetrages von 10 000 *RM* haben sie einen Hilfsantrag auf Freihaltung von Schaden gestellt. Zur Klage und Widerklage ist Beweis erhoben worden durch Vernehmung von Sachverständigen, denen insgesamt 1061,26 *RM* aus der Gerichtskasse vergütet worden sind. Mit dem Teilurteil v. 30. April 1936, berichtigt durch den Beschl. v. 2. Nov. 1936, hat das LG. die Klage im ganzen Umfange und die Widerklage in Höhe von 27 321,46 *RM* abgewiesen; im übrigen hat es der Widerklage wegen 12 021,70 *RM* und wegen des Hilfsantrages stattgegeben. Die Kostenentscheidung ist dem Endurteile vorbehalten worden.

Mit der Rechnung v. 3. Juni 1936 sind den Bekl. eine Prozeßgebühr und eine Beweisgebühr von je 465 *RM*, berechnet nach dem Streitwerte der Widerklage von 76 484,71 *RM*, und eine Urteilsgebühr von 290 *RM*, berechnet gemäß dem Teilurteile in der ursprünglichen Fassung nach einem Streitwerte von 41 343,16 *RM*, in Rechnung gestellt worden, ferner die halben Gebühren des Sachverständigen mit 530,63 *RM*. Der Streitwert wegen des Urteils ist berechnet worden nach dem Streitwerte der Widerklage, soweit das Urteil über sie erkannt hat, wobei der Hilfsantrag mit 3000 *RM* bewertet worden ist. Die Erinnerung, die sich gegen die sämtlichen Ansätze richtet, hat das LG. im ganzen Umfange als unbegründet zurückgewiesen.

Zu der Beschw. der Bekl.:

1. Die Gerichtsgebühren schulden die Bekl. nach § 77 GKG. Auf § 120 ZPO. können sie sich nicht berufen. Diese Vorschrift findet insoweit keine Anwendung, als der Gegner des im Armenrecht klagenden Kl. selbst durch Widerklage angreift. Das ist anerkannten Rechtes. Aus welchem Grunde der Gegner die Widerklage erhoben hat, insbes., daß er nur durch die Klage und den rechtlichen Zusammenhang des Widerklageanspruchs mit dem Klageanspruch zur Widerklage veranlaßt worden ist, ist gleichgültig; die Tatsache der Widerklage entscheidet. Aus der in der Beschw. hervorgehobenen Ausführung des RG.: RGZ. 44, 416 ff. können die Bekl. nichts für sich herleiten.

Hilfsweise wenden die Bekl. ein, daß bei der Berechnung der Gerichtsgebühren auszugehen sei von dem Gesamtwerte der Klage und der Widerklage, soweit sich das Verfahren, die Be-

weisanordnung und das Urteil mit ihnen befaßt haben; es dürfe ihnen nur ein dem Wertverhältnisse von Klage und Widerklage entsprechender Anteil an den nach dem Gesamtwerte berechneten Gebühren belastet werden.

Auch dieser Einwand ist verfehlt.

Klage und Widerklage, die in demselben Rechtsstreite verhandelt worden sind, betreffen nicht denselben Streitgegenstand. Ihre Gegenstände sind deshalb nach § 13 Abs. 1 Satz 2 GKG. für die Berechnung der Gerichtsgebühren zusammenzurechnen, soweit sich das Verfahren im allgemeinen, die Anordnung der Beweisaufnahmen und das Urteil mit der Klage und der Widerklage befaßt haben. Daraus folgt jedoch zunächst nur, daß die Reichskasse insgesamt nicht mehr als die in dieser Weise berechnete Prozeßgebühr, Beweisgebühr und Urteilsgebühr zu beanspruchen hat. Eine andere Frage ist, ob der Kl. und der Widerkläger der Reichskasse für diese Gebühren nur nach dem Wertverhältnisse von Klage und Widerklage haften, soweit das Verfahren im allgemeinen, die Beweisanordnung und das Urteil sich jeweils mit ihnen befassen, oder ob jeder nach § 77 GKG. mindestens bis zu dem Betrage haftet, der wegen der Klage oder Widerklage allein verwirkt sein würde. In Übereinstimmung mit den Ausführungen des RG. in seinem Beschl. v. 22. Febr. 1933 (JW. 1933, 1067 [20]) ist das letztere als richtig anzuerkennen. Das gilt auch für die Beweisgebühr, soweit sich die Beweisanordnung mit der Klage und Widerklage zugleich befaßt, was hier im ganzen Umfange zutrifft.

2. Auch wegen der Sachverständigengebühren ist die Erinnerung unbegründet. Der Beweisbeschluß v. 25. Juli 1933 (enthalten im Teilurteil v. 25. Juli 1933) auf Vernehmung eines Bücherrevisors, demzufolge die Sachverständigen H. und K. ihre Gutachten erstattet haben, ist seinem ganzen Umfange nach wegen der Klage und Widerklage ergangen. Die Bekl. haften deshalb nach §§ 77, 72 Nr. 4 GKG. auch für die durch die Beweisaufnahmen entstandenen Gebühren der Sachverständigen. Das müßte auch dann gelten, wenn die Begutachtung nach § 144 ZPO. von Amts wegen angeordnet worden wäre.

Die Haftung der Bekl. folgt weiter aus §§ 84 Abs. 1 Satz 1, 86 GKG. Denn die Bekl. haben nach ihrem Schriftsatze vom 14. Febr. 1933 die Begutachtung beantragt. Sie wurden damit wegen der Sachverständigengebühren nach dem Gesetze vorschußpflichtig, obwohl das Gericht die Begutachtung nicht von einem Vorschuß abhängig gemacht hat. Diese Verpflichtung zur Zahlung der vorzuschießenden Beträge, d. h. nunmehr zur Zahlung der tatsächlich entstandenen Auslagen, ist bestehen geblieben.

Das Armenrecht der Kl. steht der Haftung der Bekl. für die Sachverständigengebühren ebensowenig entgegen, wie ihrer Haftung für die Gerichtsgebühren wegen der Widerklage; als Widerkläger können sich die Bekl. auch insoweit nicht auf die Vergünstigung des § 120 ZPO. berufen. Soweit in dem Beschlusse des RG. v. 10. Juli 1903 (RGZ. 55, 268 ff.) eine andere Ansicht vertreten ist, kann der Senat ihr nicht folgen.

Mit Recht weist übrigens das Rechnungsamt in seiner Erklärung zu der Beschw. darauf hin, daß die Bekl. nicht nur für die halben, sondern für die ganzen Sachverständigengebühren haften. Im Gegensatz zu den Gerichtsgebühren hängt die Höhe der erwachsenen Sachverständigengebühren nicht ab von dem Werte der Streitpunkte, deretwegen die Begutachtung erfolgt. Auch der Umstand, daß die Gutachten zugleich wegen der Klage erstattet worden sind, kann die Haftung der Bekl. nicht auf einen Teil der Sachverständigengebühren beschränken. Die Tatsache, daß die Gutachten auch wegen der Widerklage erstattet worden sind, genügt vielmehr zur Haftung der Widerkläger für die vollen Gebühren. Daß die Reichskasse die gesamtschuldnerische Mithaftung der Kl. (§ 82 Abs. 1 GKG.) zur Zeit wegen des Armenrechts nicht geltend machen kann, schränkt die Haftung der Bekl. nicht ein.

(OLG. Hamburg, Beschl. v. 25. Nov. 1936, 1 W 282/36.)

*

51. §§ 79, 82, 84 DGKG.; § 123 ZPO. **Haftung der nichtarmen Partei für Sachverständigenkosten bei Prozeßbeendigung durch Vergleich.**

Die Klage ging auf den Pflichtteil. Streitig war zwischen den Parteien der Wert von Nachlaßgrundstücken. Darüber hat das LG. einen Sachverständigen vernommen. Der Kl. hatte das Armenrecht. Der Rechtsstreit endete durch gerichtlichen Vergleich. Darin übernahm der Kl. die Gerichtskosten.

Mit der Kostenrechnung nahm der UrkB. der Geschäftsstelle die Bekl. für den vollen Betrag der Gebühren des Sachverständigen in Anspruch.

Erinnerung und Beschw. waren erfolglos.

A. Der Kl. hat die Gerichtskosten, wozu auch die Gebühren des Sachverständigen gehören, übernommen. Er haftet demnach als Erstschuldner (§ 79 Ziff. 2 DGKG.).

Die Inanspruchnahme der Bekl. als Zweitschuldnerin setzt voraus, daß die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen des Kl. aussichtslos erscheint (§ 82 Abs. 2 DGKG.). Bei Außerachtlassung dieser Vorschrift ist der Rechtsbehelf der Erinnerung gegeben (Karteientscheidung v. 7. Mai 1929, 20 Wa 93/29; vgl. Lindemann: JW. 1936, 78 [3]; auch OLG. Frankfurt: HöchstRRspr. 1931, 1880). Die Voraussetzungen des § 82 Abs. 2 DGKG. sind als erfüllt anzusehen, wenn und solange dem Erstschuldner das Armenrecht bewilligt ist (Karteientsch. v. 4. April 1929, 20 W 2882/29; vgl. Lindemann: JW. 1936, 78 [3]; auch RG.: Recht 1931, 849 = SeuffArch. 86 Nr. 38; OLG. Frankfurt: HöchstRRspr. 1931, 1880; 1932, 887; Stuttgart: HöchstRRspr. 1932, 186; Breslau: JW. 1932, 2909). Ein Nachzahlungsbeschluß gem. § 125 ZPO. ist bisher nicht ergangen (vgl. Karteientscheidung v. 9. Sept. 1936, 20 Wa 141/36: JW. 1936, 2813 [42]).

B. Die Gerichtskosten, von deren Berichtigung der Gegner der armen Partei einstweilen befreit ist (§§ 120, 115, Ziff. 1 ZPO.), sind von ihm einzuziehen, soweit er in die Prozeßkosten verurteilt oder der Rechtsstreit ohne Urteil über die Kosten beendigt ist (§ 123 Abs. 2 ZPO.). Auch dann, wenn im Vergleich der arme Kl. die Kosten übernommen hat (OLG. Frankfurt: HöchstRRspr. 1930, 819). Eine Verurteilung der Bekl. in die Prozeßkosten (mit der Folge einer Kostenhaftung aus § 79 DGKG.) ist hier nicht erfolgt. Aber die andere Voraussetzung liegt vor, daß der Rechtsstreit ohne Kostenurteil beendigt ist, nämlich durch den gerichtlichen Vergleich. Daß die Voraussetzungen der Zweitschuldnerhaftung vorliegen, ist bereits (oben A) ausgeführt.

Es steht also nichts im Wege, die Gerichtskosten (Sachverständigengebühren) von der Bekl. einzuziehen, wenn sie für diese an sich haftete, aber von ihrer Berichtigung einstweilen — früher — befreit war. Zu prüfen bleibt also noch, ob die Sachverständigenkosten sich als der Bekl., nichtarmen Partei, gestundete Kosten (Auslagenvorschüsse) darstellen (Karteientscheidung v. 2. März 1931, 20 W 1612/31: JW. 1931, 1838). Nur unter diesem Gesichtspunkt kommt der § 84 DGKG. in Betracht.

C. Für § 84 DGKG. ist die Frage der Beweislast ohne Bedeutung; es kommt nur auf den Beweisantritt an (OLG. Frankfurt: HöchstRRspr. 1930, 819). Haben beide Parteien die Vernehmung eines Sachverständigen beantragt, so sind beide Parteien gem. § 84 DGKG. vorschußpflichtig; jede Partei ist in diesem Falle für den Gesamtbetrag der durch ihren Antrag entstandenen Auslagen vorschußpflichtig (Karteientscheidung v. 20. Dez. 1928, 20 W 11 495/28; vgl. Lindemann: JW. 1936, 80 [IV]).

Die Bekl. hat nun nicht etwa nur für den von dem Kl. allein angetretenen Sachverständigenbeweis eine dafür geeignete Person namhaft gemacht. Sie hat vielmehr — nach Ausführungen über vergebliche Versuche vor dem Prozeß, sich ein Gutachten von dem Katasterdirektor zu verschaffen — „beantragt, über den unbekannten Wert des Grundstücks zu vernehmen als Sachverständigen: Katasterdirektor S.". Ob die Bekl. mit Rücksicht auf die Beweispflicht des Kl. sich auf ein Bestreiten des von ihm behaupteten Grundstückswerts beschränken konnte, ist unerheblich, sie hat jedenfalls den förmlichen Antrag auf Vernehmung eines bestimmten Sachverständigen gestellt. Damit hat sie die Vornahme der besondern mit Auslagen verbundenen Handlung beantragt (§ 84 DGKG.) (vgl. auch Karteientscheidung v. 20. Nov. 1930, 20 Wa 278/30). Sie war also aus § 84 DGKG. an sich vorschußpflichtig, befreit nur einstweilen (§ 120 ZPO.), und jetzt (§ 123 Abs. 2 ZPO.) ist sie endgültig zahlungspflichtig

(§ 82 Abs. 2 DGKG.). Daß sie nicht Antragstellerin der Instanz ist (§ 77 DGKG.) und als solche erst nach Fälligkeit der Auslagen haften könnte (§§ 74, 75, 76 DGKG.), ist hier ohne Belang (vgl. Karteientscheidung v. 8. Juli 1930, 20 W 6463/30; vgl. Lindemann: JW. 1936, 76[3]).

(KG., 20. ZivSen., Beschl. v. 16. Jan. 1937, 20 W 195/37.)

*

52. § 79 Ziff. 3 GKG.; § 1387 Ziff. 1, 1416 Abs. 1 BGB. **Die Haftung des Ehemanns für die im Ehescheidungsprozeß der Frau auferlegten Gerichtskosten erlischt mit der Rechtskraft des Urteils.**

Die Kl. hat Ehescheidungsklage im Armenrecht erhoben, der Bekl. hat ohne Inanspruchnahme des Armenrechts demgegenüber beantragt, die Kl. für mitschuldig zu erklären. In einem späteren Antrag, der jedoch in der mündlichen Verhandlung nicht verlesen worden ist, hat der Bekl. auch die Abweisung der Klage begehrt und Widerklage erhoben mit dem Antrage, die Ehe aus Alleinschuld der Kl. zu scheiden. Wegen der Widerklage ist vom Bekl. die Prozeßgebühr von 50 RM erfordert und bezahlt worden. Das LG. hat nach Beweisaufnahme auf die Klage die Ehe geschieden und beide Parteien für schuldig erklärt, die Kosten des Rechtsstreites hat es gegeneinander aufgehoben. Dies Urteil ist seit dem 12. Jan. 1937 rechtskräftig. Der UrkB. hat den Bekl. mit allen Gerichtskosten und mit den an den ArmAnw. der Kl. ausgezahlten Kosten unter Anrechnung der bezahlten Prozeßgebühr belastet.

Hiergegen hat der Bekl. die Erinnerung eingelegt mit der Begründung, daß er nach dem Urteil nur die Hälfte der Gerichtskosten zu tragen habe. Diese Erinnerung hat das LG durch den angefochtenen Beschluß zurückgewiesen, weil der Bekl. bis zur Rechtskraft des Scheidungsurteils als Ehemann auch gegenüber der Reichskasse für die gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten der Kl. aufzukommen habe. Die Beschw. des Bekl., mit der er die Herabsetzung seiner Inanspruchnahme auf die Hälfte der reinen Gerichtskosten erstrebt, ist gerechtfertigt. Wie der Senat in Übereinstimmung mit der überwiegenden Meinung annimmt (vgl. den Beschl. v. 6. Nov. 1936, 1 W 325/36) endet die aus den §§ 1387 Ziff. 1, 1416 Abs. 1 BGB. i. Verb. m. § 79 Ziff. 3 GKG. hergeleitete Haftung des Ehemannes für die Kosten, welche der Frau in Rechtsstreitigkeiten zwischen den Ehegatten entstanden sind, mit der rechtskräftigen Verurteilung der Frau zur alleinigen Kostentragung. Da die Rechtskraft des Urteils inzwischen eingetreten ist, haftet der Bekl. aus § 79 Ziff. 3 GKG. nur noch für die Hälfte der Gerichtskosten (§ 92 Abs. 1 S. 2 ZPO.), eine Fortdauer der Zahlungpflicht des Bekl. kann auch nicht aus § 86 GKG. hergeleitet werden (vgl. dazu die Anführungen bei Rittmann-Wenz, GKG., 16 S. 435). Demnach entfällt die Verpflichtung zur Erstattung der an den ArmAnw. der Kl. gezahlten Gebühren und Auslagen, da es sich insoweit um außergerichtliche Kosten handelt. Von den Gerichtskosten hat der Bekl. die Prozeßgebühr, für die er aus § 77 GKG. als Widerkläger voll aufzukommen hatte, ganz bezahlt. Er haftet mithin nur noch für die Hälfte der übrigen Gerichtskosten.

(OLG. Düsseldorf, Beschl. v. 22. Jan. 1937, 1 W 22/37.)

Preußisches Gerichtskostengesetz

53. § 12 PrGKG.; § 163 Nr. 4 KostO. **Die Verfahrensvorschriften der KostO. finden gem. § 163 Nr. 4 KostO. keine Anwendung, wenn die Gebühren nach bisherigem Landeskostenrecht zu erheben sind und über den Kostenansatz eine höchstrichterliche Entsch. bisher nicht ergangen ist. Der Anfechtung einer Entsch. des LG., durch die Gebühren wegen angeblicher Gebührenfreiheit der Kostenschuldnerin außer Ansatz gebracht sind, steht § 12 PrGKG. auch dann nicht entgegen, wenn die weitere Beschwerde der Reichskasse erst nach Ablauf der in § 12 PrGKG. bezeichneten Frist erhoben worden ist.**

Das LG. hat im Jahre 1932 auf Beschw. in einer Grundbuchkostensache Gebühren für die Wiedereintragung von Hypotheken, die auf Grund des GBVereinG. gelöscht worden waren, außer Ansatz gestellt, weil die Eintragungen gebührenfrei zu erfolgen hätten. Die im Jahre 1936 eingelegte weitere Beschw. der Reichskasse hatte Erfolg.

Entgegen der Ansicht der Kostenschuldner finden auf die vorl. weitere Beschw. gem. § 163 Ziff. 4 KostO. noch die Vorschriften des PrGKG. Anwendung; denn unter „anhängigen Angelegenheiten" i. S. der Eingangsworte des § 163 KostO. sind bei Kostensachen nach Ansicht des Senats alle Kostenverfahren zu verstehen, die noch nicht durch höchstrichterliche Entsch. einen Abschluß gefunden haben. Der Senat hat bereits in dem Beschluß (JW. 1933, 2843[1]) den Rechtsgrundsatz aufgestellt, daß die auf Grund des § 4 GBVereinG. auf Antrag des Gläubigers erfolgende Eintragung der neuen Hypothek im Grundbuch nicht nach § 7 Abs. 1 Nr. 7 a oder b PrGKG. gebührenfrei ist. Auch die von den Kostenschuldnern im Verfahren der weiteren Beschw. gemachten Ausführungen geben dem Senat trotz nochmaliger Nachprüfung keinen Anlaß, von dem Grundsatz abzuweichen. Der UrkB. hatte daher zu Recht für die Eintragungen Gebühren erfordert.

Die Vorschrift des § 12 PrGKG. steht nicht entgegen, daß diese Kosten jetzt noch von den Kostenschuldnern erfordert werden. Die Kostenschuldner wußten oder mußten doch wissen, daß, wenn sie einmal den Weg der Anfechtung des Kostenansatzes beschritten hatten, die von ihnen geforderte Entsch. des LG. keine endgültige Bedeutung hatte, daß diese vielmehr auch von seiten der Reichskasse der Beschw. unterlag. Es kann ihnen daher auch der den § 12 PrGKG. rechtfertigende Grund, daß eine Partei nicht nach Jahren, ohne jede vorgängige Kenntnis von einer Schuld, mit Kostennachforderungen nicht behelligt werden soll, nicht zugute kommen. Sie mußten nach dem von ihnen eingeschlagenen Verfahren sich auf eine Abänderung der landgerichtlichen Entsch. im Verfahren der weiteren Beschw. gefaßt machen. Sofern von der hier nicht in Betracht kommenden Verjährung abgesehen wird, konnte nur eine Beschränkung der Beschwerdefrist die Reichskasse des Rechtes verlustig machen, gegen die landgerichtliche Entsch. anzukämpfen. Nach § 26 PrGKG. ist eine Frist für die Erhebung der Beschw. nicht vorgeschrieben. Der Senat ist daher ohne Rücksicht auf § 12 PrGKG. in der Lage, die Wiederherstellung des ursprünglichen Kostenansatzes auszusprechen (KGJ. 13, 201; 37 B 46; Bartscher-Drinnenberg-Wenz, § 12 PrGKG. Anm. 1; Mügel-Ehm, § 12 preuß. Gerichtskostengesetz, Anm. 1; Jonas-Melsheimer, § 14 KostO. Anm. II 1 e; Korintenberg-Wenz, § 14 KostO. Anm. 1). Der Senat hat zwar in dem Beschl. 1 a Wx 1423/36 (JVBl. 1936, 320) ausgesprochen, daß dann, wenn von dem Kostenschuldner erforderte Gebühren demnächst in der irrigen Annahme, daß sie zu Unrecht erfordert seien, niedergeschlagen und zurückgezahlt worden sind, eine erneute Einforderung der Gebühren nur innerhalb der Frist des § 12 PrGKG. zulässig sei. Hier handelte es sich jedoch um einen ganz besonders gelagerten Fall, in dem ein Erinnerungsverfahren überhaupt nicht stattgefunden hatte. Der Senat hat daher durch diese auf einen Sonderfall abgestellte Entsch., die als solche eine entsprechende Anwendung auf andere Fälle nicht zuläßt, nicht etwa seine frühere Rspr. zu § 12 PrGKG. aufgegeben, sondern hält an dieser nach wie vor fest.

(KG., ZivSen. 1 a, Beschl. v. 18. Dez. 1936, 1 a Wx 1951/36.)

*

54. § 22 Abs. 2 PrGKG.; § 24 Abs. 2 KostO. **Werden die Zahlungsbedingungen einer Hypothek geändert und wird hierzu erneut die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung erklärt, so entspricht der Geschäftswert der Beurkundung nicht einem bestimmten Hundertsatz des Hypothekenkapitals, sondern ist nach der jeweiligen Bedeutung der Erklärungen zu schätzen. Die Unterwerfungserklärung hat nur die Bedeutung einer gebührenfreien Nebenerklä-**

rung, wenn sie sich auf die geänderten Bedingungen beschränkt.

Bei der Änderung der Rückzahlungsbedingungen handelt es sich um eine Änderung ohne bestimmten Geldwert, deren Gegenstandswert gem. § 22 Abs. 2 PrGKG. (§ 24 Abs. 2 KostO.) zu schätzen ist. Der Ansicht des Notars, daß eine solche Änderung im Interesse der Rechtssicherheit auf einen bestimmten Prozentsatz des Kapitals geschätzt werden müsse, kann nicht gefolgt werden, da der Wert einer Änderung der Rückzahlungsbedingungen wesentlich von dem Zustand vor der Änderung abhängt und hiernach regelmäßig unterschiedlich sein wird. Unter Berücksichtigung der früheren Vertragsbedingungen handelt es sich hier offenbar nur darum, daß an die Stelle früher üblicher formularmäßiger Rückzahlungsbedingungen neue formularmäßige Bedingungen gesetzt sind, so daß, trotzdem die Änderung ein Kapital von 156 350 *RM* betrifft, nach Ansicht des Senats kein Anlaß besteht, von dem Regelwert von 3000 *RM* abzuweichen.

Bei der Bewertung der Unterwerfungsklausel ist zu berücksichtigen, daß sich der Schuldner bereits in dem alten Vertrag der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hatte, daß diese Unterwerfung gem. Art. 24 der DurchfVO. z. AufwG. vom 29. Nov. 1925 (RGBl. I, 395) auch für den Aufwertungsbetrag weiter Geltung hatte (vgl. JFG. 9, 34) und daß sie nach der ausdrücklichen Bestimmung in den Eingangsworten der neuen Urkunde auch bestehen bleiben soll. Hiernach kann die in der neuen Urkunde ausgesprochene neue Unterwerfung gem. § 133 BGB. nur auf die abgeänderten Bestimmungen bezogen werden. Demnach bildet die neue Klausel nur eine Nebenerklärung zu den Abänderungsbestimmungen und ihre Beurkundung nur ein gebührenfreies Nebengeschäft zu der Beurkundung der Abänderungsbestimmungen.

(KG., ZivSen. 1 a, Beschl. v. 27. Nov. 1936, 1 a Wx 1592/36.)

*

55. § 78 PrGKG. Enthält der Erbschein auch Angaben über Person und Befugnisse des Testamentsvollstreckers, so ist neben der Gebühr für die Erteilung des Erbscheins eine weitere Gebühr für die Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses zu erheben.

In dem Erbschein ist über die Person und den Umfang der Befugnisse des Testamentsvollstreckers nichts aufzunehmen (KGJ. 43, 94). Denn der Erbschein betrifft nur die Legitimation des Erben selbst und hat deswegen grundsätzlich nur die Tatsache der Testamentsvollstreckung, nicht aber die Person des Testamentsvollstreckers anzugeben, da diese Angabe nur zum Ausweise des Testamentsvollstreckers dient (KGJ. 28, B 6). Dem steht jedoch nicht entgegen, daß beide Zeugnisse miteinander verbunden und äußerlich in einer Urkunde zusammengefaßt werden können (Güthe-Triebel, GBO., § 35 Anm. 70; KGJ. 28, B 6). Wenn im vorl. Fall angegeben ist, daß der Erblasser den Notar L. in H. zum Testamentsvollstrecker ernannt hat, so geht dies über den Inhalt eines Erbscheins hinaus und stellt ein Testamentsvollstreckerzeugnis dar, entspricht auch dem hierfür in § 2368 Abs. 1 BGB. vorgeschriebenen Wortlaut. Ob die materiellen Voraussetzungen für die Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses erfüllt waren, hat der Kostenrichter nicht zu prüfen, er ist vielmehr insoweit an die in der Erteilung des Zeugnisses liegende Entsch. des Sachrichters gebunden. Es ist daher die Gebühr für die Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses aus § 78 Abs. 7 PrGKG. ausgelöst worden (vgl. Bartscher-Drinnenberg, PrGKG., § 78 Anm. 2; Jonas-Melsheimer, RKostO., § 101 Anm. II, 2 b; Korintenberg-Wenz, RKostO., § 99 Anm. 1). Auch darauf, ob bei Verwendung der Urkunde tatsächliche Schwierigkeiten entstehen, kann es entscheidend nicht ankommen, da irgendwelche begründeten Beanstandungen ohne weiteres durch gebührenfreie Berichtigung oder Ergänzung des Testamentsvollstreckerzeugnisses behoben werden können und müssen.

(KG., ZivSen. 1 a, Beschl. v. 18. Dez. 1936, 1 a Wx 2071/36.)

Landgerichte: Zivilsachen

Berlin

56. §§ 114 ff. ZPO. In Unterhaltsprozessen seines Mündels ist der Pfleger-Anwalt als ArmAnw. beizuordnen. †)

Die Durchführung eines Unterhaltsprozesses ist eine so bedeutungsvolle Angelegenheit, die eine sorgfältige und sachgemäße Vorbereitung und Durchführung unter Berücksichtigung der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen erfordert, daß die Beiordnung eines Rechtsanwalts zur sachgemäßen Rechtsverfolgung notwendig erscheint. Die Tatsache, daß der bestellte Pfleger selbst Rechtsanwalt ist, vermag eine andere Beurteilung ebensowenig herbeizuführen, wie der Umstand, daß der Bekl. die Klageforderung anerkannt hat.

(LG. Berlin, 19. ZK., Beschl. v. 22. Okt. 1936, 219 T 11838/36.)

Anmerkung: Der Beschluß verdient Zustimmung. Auch die 22. ZK. des LG. Berlin hat in ständiger Rspr. in gleicher Weise entschieden (vgl. JW. 1936, 2585 [77]) und erst neuerdings im Beschl. v. 30. Dez. 1936, 222 T 14426/36 diese Auffassung bestätigt. Im übrigen wird auf den Aufsatz des RA. Dr. Baehr, „Der Rechtsanwalt als Pfleger im Unterhaltsprozeß" in diesem Heft S. 518 hingewiesen.

*

Nürnberg-Fürth

57. §§ 323, 769 ZPO. Die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung ist bei der Abänderungsklage des § 323 ZPO. in entsprechender Anwendung des § 769 ZPO. zulässig.

§ 769 ZPO. ist nach der Auffassung des BeschwG. auch auf § 323 ZPO. analog anzuwenden, da es sich bei der Abänderungsklage und der Wiederaufnahmeklage um ganz ähnliche Einrichtungen handelt. Es entspricht auch völlig einer gesunden Rechtsauffassung nicht nur im Falle der Wiederaufnahmeklage, sondern auch bei der Abänderungsklage, die praktisch den gleichen Endzweck haben, die Zwangsvollstreckung bis zum Erlaß des Endurteils ganz oder teilweise einzustellen (vgl. auch „die vorläufige Einstellung der Zwangsvollstreckung bei der Erhebung von Abänderungsklagen [§ 323 ZPO.]" von AGR. Greiser und MinR. Dr. Jonas: JW. 1935, 3145).

(LG. Nürnberg-Fürth, Beschl. v. 26. Jan. 1937; 4 T 9/37.)

*

Stolp

58. § 6 ZPO. Für die Berechnung des Streitwertes ist der Wert des Grundstückes auch dann maßgebend, wenn die Herausgabe einer Siedlerstelle verlangt wird.

Die Kl., eine Siedlungsgesellschaft, hat mit dem Bekl. einen Rentengutsvertrag geschlossen, auf Grund dessen dem Bekl. eine Siedlerstelle in H. überlassen wurde. Die Kl. ist von dem Vertrage zurückgetreten und verlangt Herausgabe des Grundstücks.

Das AG. hat den Streitwert entsprechend dem Verkehrswert des Grundstücks festgesetzt. Mit der Beschw. verlangt die Kl. Herabsetzung des Streitwertes auf höchstens 500 *RM* und stützt sich dabei auf einen Beschluß des KG. v. 24. Jan. 1936 (21 W 157/36), der — soweit ersichtlich — nicht veröffentlicht worden ist. Das KG. führt aus, es handle sich bei dem Rentengutsvertrag um ein pachtähnliches Verhältnis, da der Siedler das Eigentum erst nach Zahlung des Kaufpreises durch die Renten erlange. Es sei deshalb unbedenklich, die Vorschrift des § 10 Abs. 1 GKG. i. d. F. der Gesetze v. 20. Juli 1933 und 29. März 1935 entsprechend anzuwenden und den Streitwert gem. § 3 ZPO. entsprechend niedriger festzusetzen. Mit der bisherigen Rspr., die den Wert des Grundstücks auch in diesen Fällen maßgebend sein lasse, werde gebrochen.

Das LG. vermag sich dieser Auffassung nicht anzuschließen. Daß der Siedler das Eigentum an der Siedlerstelle erst nach Vollzahlung des Kaufpreises oder nach Erledigung der Renten-

zahlungen erwerbe, trifft nicht zu. Der Siedler wird vielmehr Eigentümer mit seiner Eintragung im Grundbuch, die sofort nach Erledigung aller Formalitäten und nicht erst nach Zahlung des ganzen Kaufpreises erfolgt. Der Siedler unterscheidet sich darin in nichts von jedem Privatkäufer, der beispielsweise mit nur kleiner Anzahlung ein Grundstück kauft. Für die Bemessung des Streitwertes bei einer Klage auf Herausgabe des Grundstücks muß daher in dem einen, wie in dem anderen Falle die Vorschrift des § 6 ZPO. maßgebend sein. Daß dabei die Belastung nicht in Abzug gebracht werden darf, ist anerkannten Rechts.

Die Vorschrift des § 10 Abs. 1 GKG. i. d. F. der Gesetze v. 20. Juli 1933 und 29. März 1935 ist eine Sonderregelung, die auf Rentengutsverträge auch nicht entsprechend angewandt werden kann.

(LG. Stolp, Beschl. v. 5. Jan. 1937, 2 T 270/36.)

Amtsgerichte

Berlin

59. § 379 Abs. 3 StPO.; §§ 114 ff. ZPO. Bewilligung des Armenrechts in Privatklagesachen. †)

Das Armenrecht durfte der Privatklägerin gem. § 379 Abs. 3 StPO., § 114 ZPO. nur bewilligt werden, wenn ihre Privatklage Aussicht auf Erfolg hat und sie arm im Sinne des Gesetzes ist. Zum Nachweis der Armut dient zwar in erster Linie das Zeugnis zur Erlangung des Armenrechts. Das Gericht ist jedoch an die darin enthaltenen Angaben nicht gebunden. Ergibt sich aus den Umständen, daß die Privatklägerin nicht arm im Sinne des Gesetzes ist, so hat das Gericht auch diese Umstände zu würdigen. Damit, daß sich die Privatklägerin an einen Rechtsanwalt gewandt und diesen mit der Durchführung der Privatklage beauftragt hat, hat sie gezeigt, daß sie mindestens zur Entrichtung der dadurch entstehenden Kosten in der Lage ist. Dann aber ist sie auch in der Lage, 15 RM als Auslagenvorschuß für die Durchführung der Privatklage aufzubringen. Sie ist also nicht arm im Sinne des Gesetzes.

(AG. Berlin, Abt. 804, Beschl. v. 23. Dez. 1936, 804 Bs 925/36.)

Anmerkung: Der konkrete Fall interessiert nicht. Der Abdruck der Entsch. erschien nur deshalb angezeigt, weil der Beschluß bereits in weiteren Kreisen der Anwaltschaft bekannt geworden ist. Ich würde es wohl verstehen, wenn der Fall bei manchem Anwalt die Besorgnis auslöste: „Wie, wenn die in dem Beschlusse niedergelegte Auffassung Schule machte; würde ich nicht, wenn ich mich durch Einreichung des Armenrechtsgesuchs dem Gericht gegenüber als der mit der Durchführung des Prozesses Betraute offenbare, u. U. Gefahr laufen, das Gericht zu einer meiner Partei abträglichen Schlußfolgerung hinsichtlich ihrer Vermögenslage zu bringen?“ Unter diesem Gesichtspunkte kommt der vorl. Entsch. allerdings eine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zu, die einige grundsätzliche Bemerkungen rechtfertigt.

Gewiß — das Gericht ist an das von der Verwaltungsbehörde ausgestellte Armutsattest nicht gebunden; es ist auch durchaus am Platze, wenn das Gericht, soweit möglich, Anlaß nimmt, sich in geeigneter Weise über die Vermögenslage der das Armenrecht nachsuchenden Partei selbst ein Bild zu machen. Über das Ziel, das Armenrecht auf diejenigen zu beschränken, die seiner wirklich bedürfen, sollten auch Meinungsverschiedenheiten nicht bestehen; gerade auch seitens der Anwaltschaft ist wiederholt gegen eine zu großzügige Verwaltungspraxis bei Ausstellung der Armutsatteste Stellung genommen.

Weiter steht es dem Gericht bei Würdigung der Vermögenslage der Partei auch sicherlich frei, daraus, daß die Partei gewisse Aufwendungen macht oder gemacht hat, Rückschlüsse hinsichtlich ihrer Fähigkeit zur Kostentragung zu ziehen. Der Schluß, daß z. B. derjenige, der sich zu Vergnügungszwecken einen Wagen hält, so viel Mittel haben wird, um einen kleineren Amtsgerichtsprozeß zu führen, wird im Einzelfalle schwerlich zu beanstanden sein. Aber daraus, daß die Partei schon vor Bewilligung des Armenrechts einen Anwalt mit der Sache betraut hat, Folgerungen hinsichtlich ihrer finanziellen Leistungsfähigkeit zu ziehen, scheint mir nicht wohl möglich. Das Gericht weiß nicht, ob der Anwalt das Mandat wirklich gegen Bezahlung oder nur in der Erwartung der Beiordnung als ArmAnw., in der Hoffnung auf künftige erfolgreiche Einziehung vom erstattungspflichtigen Gegner oder schließlich aus Gefälligkeit ohne jede ernstliche Aussicht auf Bezahlung übernommen hat. Und etwa, um sich ein Bild zu verschaffen, nähere Ermittlungen hinsichtlich des Verhältnisses der Partei zum Anwalt anzustellen, schiene mir vollends abwegig: das Verhältnis der Partei zum Anwalt ist ein Vertrauensverhältnis, dessen Offenlegung auch dem Gericht gegenüber der Partei füglich nicht zugemutet werden kann. Grundsätzlich sollte das Gericht davon absehen, dieses Verhältnis in den Kreis seiner Erwägungen zu ziehen.

MinR. Dr. Jonas, Berlin.

Bemerkung: Auf Beschw. der Privatkläger hat das LG. Berlin d. Beschl. v. 21. Jan. 1937, 538 Qs 9/37 das Armenrecht bewilligt. D. S.

*

Berlin-Schöneberg

60. §§ 1, 33, 33a MietSchG.

1. Das MietSchG. findet auch dann Anwendung, wenn einzelne Räume einer an sich dem Mieterschutz nicht unterliegenden Großwohnung an mehrere Personen vermietet sind und die Miete der einzelnen Wohnung unter der Grenze, in welcher das MietSchG. Anwendung findet, liegt.

2. Zum Begriff einer Wohnung gehört nicht, daß sie von einer anderen abgeschlossen und von allen anderen Räumen völlig getrennt ist. †)

Die Bekl. haben im Hause des Kl. eine Wohnung von ein Zimmer, Küche und Nebengelaß gemietet und inne. Diese Wohnung ist ein Teil einer 7-Zimmerwohnung, die nicht umgebaut ist. Der Kl. will nun den Umbau jetzt vornehmen, hat die Wohnung zum 31. März 1936 gekündigt und Verurteilung der Bekl. zur Herausgabe beantragt.

Auf das Mietverhältnis findet das MietSchG. Anwendung. Die Frage ist bestritten, ob einzelne Räume einer 5- und mehr-Zimmerwohnung, die nicht dem Mieterschutz untersteht, diesem Gesetz unterliegen, wenn sie an mehrere Personen vermietet sind und die Miete der einzelnen Wohnung unter der Grenze liegt, in welcher das MietSchG. Anwendung findet. Unstreitig liegt die Miete unter der erwähnten Grenze. Die Voraussetzungen des § 33a MietSchG. sind nicht gegeben, da die 7-Zimmerwohnung noch nicht räumlich geteilt ist. Die Wohnung der Bekl. stellt aber Räume dar, in denen der Mieter sein Wohnbedürfnis befriedigen kann. Dem steht nicht entgegen, daß er mit einem anderen Mieter die Toilette teilen muß. Zum Begriff einer Wohnung gehört nicht, daß sie von einer anderen abgeschlossen und von allen anderen Räumen völlig getrennt ist. Wenn der Eigentümer die 7-Zimmerwohnung an mehrere Mieter vermietet, so hatte er den Vorteil, daß er sie überhaupt vermieten konnte. Mieter von solchen Teilwohnungen sind immer wirtschaftlich schwache Mieter gewesen, wie es auch hier der Fall ist. Die neue Gesetzgebung geht nun dahin, die wirtschaftlich schwachen Mieter zu schützen, was insbes. aus der Novelle zum MietSchG. hervorgeht. Es ist gerichtsbekannt, daß an Wohnungen in der vorl. Preislage großer Mangel herrscht. Wenn der Mieterschutz den Bekl. versagt würde, so würde es den Bekl. sehr schwer fallen, eine andere Wohnung zu finden. Auf der anderen Seite würde es dem Kl. möglich sein, die durch Umbau neu geschaffene Wohnung zu einem erheblich höheren Mietpreis zu vermieten, der für die Bekl. unerschwinglich wäre.

Den Bekl. muß daher der Mieterschutz zugebilligt werden, so daß die Klage abzuweisen ist.

(AG. Schöneberg, Urt. v. 21. Aug. 1936, 28 Cm 843/36.)

Anmerkung: Das Urteil des AG. Schöneberg nimmt zu der praktisch recht wesentlichen Streitfrage aus dem Mietrecht Stellung, ob eine Groß-Wohnung, die in ihren einzelnen Teilen an

verschiedene eigene Haushalte vermietet ist, hinsichtlich dieser einzelnen Teile dem Mieterschutz unterliegt, wenn die Mieten für diese Teile die im MietSchG. bzw. dessen AusfBest. festgelegten Sätze nicht überschreiten.

Der Stellungnahme des Gerichts ist m. E. beizupflichten. Richtig ist zwar, daß geteilte Wohnungen nicht dem MietSchG. unterliegen. Der Grund liegt darin, daß die durch die Wohnungsteilung zu fördernde Schaffung von Kleinwohnungen nicht dadurch gehemmt werden soll, daß der Vermieter, der Aufwendungen für die Wohnungsteilung macht, die so gewonnenen Räume nun nicht auch frei vermieten kann. Nun handelt es sich hier jedoch nicht um geteilte, d. h. durch Trennungswände voneinander abgetrennte Wohnungen, sondern um eine Groß-Wohnung, die an mehrere vermietet ist. Zudem entfällt der gesetzgeberische Grund für die Freistellung vom Mieterschutz im vorl. Fall. Denn sobald lediglich eine Groß-Wohnung ohne Umbau in ihren einzelnen Teilen vermietet wird, hat der Hauseigentümer keine wesentlichen Aufwendungen gemacht. Es liegt dann eben keine umgebaute bzw. geteilte Wohnung in dem Sinne vor, daß aus einer Wohnung zwei abgeschlossene Wohnungen mit Sonderzugang usw. geworden sind.

Aber auch der Fall der Groß-Wohnung, die nicht unter Mieterschutz steht, ist in solchen Fällen nicht gegeben. Denn wenn auch die ursprüngliche Wohnung räumlich nicht geteilt ist, so liegen doch über die Teile der früheren Gesamtwohnung eine Reihe von Mietverträgen vor, die rechtlich ebenso wie wirtschaftlich Kleinwohnungen in Altbauten zum Gegenstand haben. Dies ist aber das maßgebende. Es sind Verträge über nicht umgebaute, wirtschaftlich sich als Kleinwohnungen darstellende Räume geschlossen worden und es fehlt somit an den beiden erwähnten Voraussetzungen, bei denen allein eine Nichtunterstellung dieser Räume unter das MietSchG. stattfinden würde.

Auch sozialrechtlich entspricht im übrigen diese Rechtsauffassung der Billigkeit. An Kleinwohnungen herrscht Mangel. Dieser Mangel führte zu der Mieterschutzgesetzgebung in der gegenwärtigen Form. Das Motiv, den Hauseigentümer, der Umbauten vornimmt und damit durch Aufwendung eigenen Kapitals und eigener Arbeit den Mangel an Kleinwohnungen beseitigen hilft, deshalb vom Mieterschutz freizustellen, entfällt eben hier. Somit ist dem Urteil beizupflichten.

RA. Dr. Danielcik, Berlin.

*

61. Zweite VO. z. RBürgerG.; § 194 BGB.; § 829 ZPO. Es besteht kein Rechtsanspruch der ausgeschiedenen jüdischen Notare gegen den Fiskus auf Zahlung einer Entschädigung für den Verlust des Notariats.

Der Antrag der Gläubigerin, diejenige jetzige und künftige Forderung des Schuldners zu pfänden und der Gläubigerin zur Einziehung zu überweisen, die der Schuldner gegen den Preußischen Staat auf Zahlung einer Entschädigung oder einer Rente für den Verlust der Notariatspraxis hat, ist zurückgewiesen worden.

Die Gläubigerin will ihren Anspruch offenbar stützen auf die zweite VO. z. RBürgerG. v. 21. Dez. 1935 (RGBl. I, 1524), die amtlichen Richtlinien (RBesoldBl. 1936, 29) und die Allg. Vfg. des RJM. v. 9. Mai 1936 (DJ. 1936, 745). Danach kann u. a. auch jüdischen früheren Notaren bei Würdigkeit und Bedürftigkeit auf besonderen Antrag ein jederzeit widerruflicher Unterhaltszuschuß gewährt werden.

Wenngleich Notare als Beamte anzusehen sind, so sind diese Zuschüsse nicht dem Gehalt oder der Pension von Berufsbeamten des Reiches, der Länder oder der Gemeinden gleichzuerachten, auf die ein Rechtsanspruch besteht, die einbehaltene Teile eines bereits verdienten Gehalts sind, die nicht von Würdigkeit und insbes. von Bedürftigkeit abhängen und eines besonderen Antrages nicht bedürfen.

Ihre Gewährung ist vielmehr lediglich in das pflichtgemäße Ermessen der Verwaltungsbehörde gestellt. Sie können jeder Zeit gewährt, befristet, verlängert, gekürzt, entzogen und wiedergewährt werden, und zwar ohne Disziplinarmaßnahmen. Sie werden auf Grund der Fürsorge und Freigebigkeit und aus Gnade gegeben, um den ehemaligen Rechtswahrer vor Not zu schützen.

Daraus folgt, daß solchem früheren Notar ein Anspruch i. S. des § 194 BGB., § 829 ZPO. gegen den Fiskus nicht zusteht (der übrigens nicht der preußische Staat, sondern nach der Verreichlichung der Justiz das Deutsche Reich und der Reichsjustizfiskus ist).

Aber selbst wenn es sich um einen Anspruch i. S. der angezogenen Bestimmungen handeln würde, wäre es eine höchstpersönliche Forderung, die gem. § 399 BGB. nicht übertragbar und daher gem. § 851 ZPO. nicht pfändbar ist. Hat die Prüfung der Verwaltungsbehörde ergeben, daß der betr. frühere Notar würdig und bedürftig ist, so soll ihm der Zuschuß zukommen, aber auch nur ihm und nicht einem anderen.

(AG. Schöneberg, Beschl. v. 16. Mai 1937; 60 M 243/37.)

Reichsfinanzhof

Berichtet von den Senatspräsidenten Arlt und Bodenstein und den Reichsfinanzräten Ott und Sölch

[× Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsfinanzhofs abgedruckt]

×**62.** § 2 Nr. 4 RFluchtStVO. Bei der Reichsfluchtsteuer ist für Abkömmlinge, die mit dem überlebenden Elternteil in fortgesetzter Gütergemeinschaft leben, der Anteil am Gesamtgut der Gütergemeinschaft nicht zum Gesamtvermögen zu rechnen.

Das FinA. hat die BeschwF., die ihren inländischen Wohnsitz aufgeben will, durch vorläufigen Bescheid zu einer Reichsfluchtsteuer von 6484 *RM* veranlagt, die mit dem Tage der Auswanderung fällig werden soll. Die BeschwF. verlangt Freistellung, da ihr Vermögen sich innerhalb der Freigrenze (50000 *RM*) halte.

Der Vater der BeschwF. ist am 26. Juni 1933 verstorben. Vom 26. Juni 1933 bis 4. Dez. 1935 hat die BeschwF. mit ihrer Mutter und ihrem Bruder in fortgesetzter Gütergemeinschaft gelebt. Das Vermögen der fortgesetzten Gütergemeinschaft ist bei der Vermögensteuerveranlagung 1935 mit einem Wert von 62789 *RM* nach § 76 RBewG. der Mutter zugerechnet worden. Nach Ansicht des FinA. ist in entsprechender Anwendung des § 2 Nr. 4 Satz 3 RFluchtStVO. dieses ganze Gemeinschaftsvermögen auch bei Beantwortung der Frage zugrunde zu legen, ob das Vermögen der beschwerdeführenden Tochter sich innerhalb der Freigrenze hält. Die Gütergemeinschaft ist durch Vertrag v. 4. Dez. 1935 auseinandergesetzt worden. Dabei ist auf die BeschwF. ein Betrag von 15697 *RM* (= ¼ des Gesamtguts) entfallen. An weiterem Vermögen besitzt sie 10242 *RM* (Mitgift), zusammen also 25939 *RM*; davon ¼ ist der Reichsfluchtsteuerbetrag.

Zur Vermögensteuer ist die BeschwF. bisher wegen Unterschreitung der Freigrenze nicht veranlagt worden, weder allein noch zusammen mit ihrem Ehemann.

Das FinGer. hat den Reichsfluchtsteuerbescheid aufgehoben und die Freistellung ausgesprochen.

Die RBeschw. des FinA. ist unbegründet.

Es ist davon auszugehen, daß seit Inkrafttreten des VermStG. 1934 infolge der durch § 11 Abs. 2 eingeführten Zusammenveranlagung von Eltern und Kindern der § 2 Nr. 4 RFluchtStVO. dahin ausgelegt werden muß, daß für die Bemessung des Freibetrags auch das zusammen veranlagte Vermögen von Eltern und Kindern maßgeblich sein soll. Wie der RFH. durch Urt. vom 9. Juli 1936, III A 53/36: JW. 1936, 2957[69] (RFH. 39, 310 = RStBl. 1936, 867 = StW. 1936 Nr. 386 = Mrozeks Kartei, Reichsfluchtsteuer § 2 Nr. 4 Rechtsspruch 10) im Einverständnis mit dem zum Verfahren zugezogenen RFM. ausgesprochen hat, ist § 2 Nr. 4 Satz 2

RFluchtStVO. mit Wirkung v. 1. Jan. 1935 ab wie folgt auszulegen: „Wenn Ehegatten oder wenn Eltern und Kinder (§§ 26, 27 EinkStG. und § 11 VermStG.) zusammen veranlagt worden sind oder zusammen zu veranlagen sind, so kommt es für die Anwendung der Befreiungsvorschrift (Satz 1) darauf an, welches steuerpflichtige Vermögen die Ehegatten zusammen oder die Eltern und die Kinder zusammen oder welches Einkommen im Sinne des EinkStG. die Ehegatten zusammen oder die Eltern und Kinder zusammen gehabt haben."

Aber die Erwägung, die zu dieser Auslegung geführt hat, gilt nicht für das vermögensteuerlich allein dem überlebenden Elternteil zugerechnete Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft, denn in deren steuerlichen Rechtsbeziehungen ist durch das VermStG. 1934 keine Änderung eingetreten. Wenn man dieses Gesamtgut hinsichtlich der Bestimmung der Freigrenze dem zusammen veranlagten Vermögen der Ehegatten hätte gleichstellen wollen, so hätte das schon bei Erlaß der RFluchtStVO. geschehen können. Daraus, daß es nicht geschehen ist, wird die Folgerung hergeleitet werden müssen, daß die Gleichstellung auch nicht beabsichtigt war. Zutreffend bezeichnet allerdings das beschwerdeführende FinA. als Sinn und Zweck der Reichsfluchtsteuer, den Auswandernden gemäß seiner Leistungsfähigkeit einer letzten Abgabe zu unterwerfen. Aber anderseits darf nicht außer acht gelassen werden, daß die RFluchtStVO. offensichtlich von der Absicht getragen ist, feste unzweideutige Grundlagen zu schaffen. Aus diesem Grunde hat sie z. B. bewußt an den zuletzt ergangenen Vermögensteuerbescheid angeknüpft, und der RFH. hat dieser Tatsache Rechnung tragen müssen sowohl in den Fällen, in denen sie sich zugunsten als auch in den Fällen, in denen sie sich zuungunsten der StPfl. auswirkte (vgl. RFH. III A 23/35 v. 24. Sept. 1935: JW. 1936, 3670[56] = RStBl. 1935, 1462 = StW. 1935 Nr. 685 = Mrozeks Kartei, Reichsfluchtsteuer § 3 Abs. 3 Nr. 2 Rechtssprüche 5 und 6 und III A 286/35 v. 5. Dez. 1935: JW. 1936, 1167[62] = RFH. 38, 328 = StW. 1936 Nr. 49 = Mrozeks Kartei, Reichsfluchtsteuer § 3 Abs. 2 Rechtsspruch 1). Aus dem gleichen Grunde hat der RFH. im Urt. III A 92/36 v. 3. Sept. 1936: JW. 1936, 3151[41] = RStBl. 1936, 984) die Auffassung vertreten, daß die Bestimmungen über die Hinzurechnung von späteren Erwerben vollständig und erschöpfend seien und daß deshalb weitere Arten von nachträglichen Erwerben bei Ermittlung der Grundlagen für die Reichsfluchtsteuer nicht zu berücksichtigen seien. Aus dem gleichen Grunde wird bei dem vorliegenden Sachverhalt auch der Tatsache entscheidendes Gewicht beigelegt werden müssen, daß das Ges. v. 18. Mai 1934 über Änderung der Reichsfluchtsteuervorschriften ausdrücklich den nachträglichen Erwerb durch Auseinandersetzung einer fortgesetzten Gütergemeinschaft als hinzuzurechnenden Erwerb erklärt hat, woraus zu entnehmen ist, daß bis zu diesem Erwerb, d. h. solange die fortgesetzte Gütergemeinschaft besteht, dieses Gesamtgut der Gütergemeinschaft den Beteiligten — außer dem Elternteil — nicht zugerechnet werden soll; bei anderer Auffassung wäre die Bestimmung in Art. 1 Nr. 3 Ziff. 3 des vorerwähnten Gesetzes überflüssig gewesen (vgl. auch Seweloh: StW. 1934, 780 ff., 1346; 1935, 1086 ff.). Es darf angenommen werden, daß für die Nichtberücksichtigung des Anteils an der fortgesetzten Gütergemeinschaft auch gute Gründe bestanden haben, namentlich der Umstand, daß die fortgesetzte Gütergemeinschaft, sowohl was ihre Dauer angeht als auch was den Bestand des Gesamtguts angeht, regelmäßig jeglicher Einwirkung der übrigen Beteiligten entzogen ist und vor der Auseinandersetzung noch keinerlei Sicherheit für den den Beteiligten dereinst tatsächlich zufallenden Auseinandersetzungsbetrag besteht, ferner daß die fortgesetzte Gütergemeinschaft — die für die Abkömmlinge deren Eintritt in die Großjährigkeit überdauert — nicht ohne weiteres als Haushaltsgemeinschaft aufgefaßt werden kann, wie die Gemeinschaft zwischen den Eltern und den nach § 11 Abs. 2 VermStG. 1934 und § 75 Abs. 2 RBewG. mit ihnen zusammen zu veranlagenden Kindern.

Hiernach ist der Vorentscheidung darin beizutreten, daß das Gesamtgut der zwischen einem überlebenden Elternteil und den Kindern fortgesetzten Gütergemeinschaft bei der Reichsfluchtsteuer für die Kinder nicht berücksichtigt wird.

(RFH., 3. Sen., Urt. v. 8. Okt. 1936, III A 109/36 S.)

Reichspatentamt

Berichtet von den Oberregierungsräten Dr. Giese und Bindewald, Berlin

[** Wird in der amtlichen Zeitschrift „Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen" abgedruckt]

** **63.** § 34 VO. über das RPatA. v. 6. Juli 1936; § 21 PatG. Auch Anträge auf Einsicht in die Akten schwebender Patentanmeldungen sind gebührenpflichtig.

Einer Anmeldung der Antragstellerin hat die Prüfungsstelle die hier in Frage stehende Anmeldung als älteres Recht entgegenstehend angesehen. Die Antragstellerin hat daraufhin unter Hinweis auf die ständige Übung des Amtes in solchen Fällen gebeten, ihr die Akten dieser Anmeldung zwecks Einsichtnahme zur Verfügung zu stellen. Die Prüfungsstelle teilte diesen Antrag der Anmelderin mit und forderte gleichzeitig die Antragstellerin auf, die Antragsgebühr von 5 RM gemäß § 34 (3) VO. über das RPatA. v. 6. Juli 1936 zu entrichten. Nachdem die Antragstellerin in rechtlichen Ausführungen darzutun versucht hatte, daß die genannte Gebührenvorschrift ihrer Meinung nach nicht auf Anträge zu schwebenden Patentanmeldungen, sondern nur bei bereits erteilten Patenten Anwendung finden könne, auch die Anmelderin der Offenlegung der Akten ausdrücklich widersprochen hatte, wies die Prüfungsstelle mit dem angefochtenen Beschluß den Akteneinsichtsantrag zurück. In der Begründung zu ihrem Beschluß führt sie aus, daß die im § 34 (3) a. a. O. enthaltenen Worte „von Patenten" nur zum Ausdruck brächten, daß an dieser Stelle die sowohl das Patentwesen als auch das Gebrauchsmuster- und Warenzeichenwesen behandelnde VO. lediglich die zum Patentwesen gehörigen Aktenvorgänge im Auge habe. Gegen diese Auffassung richtet sich die Beschw. der Antragstellerin, mit der sie beantragt, ihr die Einsichtnahme in die Akten der bezeichneten Anmeldung gebührenfrei zu gewähren. Die Beschw. konnte jedoch keinen Erfolg haben.

Was zunächst die Zulässigkeit der Beschw. anlangt, so konnten sich Bedenken aus der Vorschrift des § 34 (5) der obengenannten VO. ergeben, nach der eine Gebührenentscheidung für sich allein hier ausdrücklich einer Anfechtung enthoben sein soll. Diese Regelung entspricht dem auch sonst erkennbaren Bestreben des Gesetzgebers (vgl. § 33 [2] letzter Satz des PatG.), mit rein geldlichen Entsch. allein die höheren Instanzen des Amts nicht zu belasten. Es kann dahingestellt bleiben, ob mit Rücksicht auf diese Vorschrift die Prüfungsstelle nicht besser die Behandlung und Bearbeitung des Akteneinsichtsantrages überhaupt abgelehnt hätte, nachdem feststand, daß die Gebühr vom Antragsteller nicht zu erlangen war. Sie hätte dies auch in einem Beschluß zum Ausdruck bringen können, der mit diesem Inhalt dann unzweifelhaft mit der Beschw. nicht anzugreifen war. Indem aber die Prüfungsstelle über den Sachantrag auf Einsichtnahme entschied, überdies vorher das Einsichtsverfahren durch Mitteilung des Antrags an die Anmelderin und Entgegennahme von deren Widerspruch sachlich betrieben hat, kann es auch keinen Bedenken begegnen, daß gegen eine solche Entsch. unbeschadet der Vorschrift des § 34 (5) a. a. O. die Beschw. gemäß § 21 PatG. als zulässig angesehen werden muß.

Sachlich ist die Begründung des angefochtenen Beschlusses zur Gebührenfrage frei von Rechtsirrtum. Zutreffend weist die Vorinst. darauf hin, daß die VO. über das RPatA. v. 6. Juli 1936 — wie auch schon aus ihrer Bezeichnung hervorgeht — den gesamten Geschäftsbereich des RPatA. umfaßt. So sind in den drei Hauptabschnitten das Patentwesen, Gebrauchsmusterwesen sowie Warenzeichenwesen behandelt. Der vierte Abschnitt „Allgemeines", in dem sich die hier maßgebliche Gebührenbe-

stimmung findet, betrifft alle Arbeitsgebiete des Amtes; sofern daher hier sich Bestimmungen nur an einen einzelnen Tätigkeitszweig des Amtes wenden, mußte dies ausdrücklich angegeben werden. Die im wesentlichen von der Akteneinsicht und Abschriftenerteilung handelnden Bestimmungen des § 34 sind ebenfalls nicht auf ein Schutzrecht beschränkt. Daraus ergab sich die Notwendigkeit, zum Ausdruck zu bringen, daß nur die fraglichen Anträge zum Patentwesen einer Gebührenpflicht unterliegen. Die Worte „Einsicht in Anmeldungs- und Erteilungsakten von Patenten" sind daher auch nur in diesem Sinne zu verstehen, d. h. i. S. einer Klarstellung und Unterscheidung gegenüber Einsichtsanträgen etwa zu Gebrauchsmuster- oder Warenzeichenvorgängen. Nichts spricht für die Annahme der Antragstellerin, daß mit den Worten „von Patenten" eine Scheidung zwischen erteilten Patenten und Patentanmeldungen beabsichtigt gewesen sei. Einer solchen unterschiedlichen Behandlung würden die unmittelbar voraufgehenden Worte „Anmeldungs- und Erteilungsakte" in ihrer dann unnötigen Ausdruckshäufung widersprechen. Es wird vielmehr aus dieser Doppelbezeichnung die Absicht der VO. erkennbar, Anträge dieser Art sowohl zu schwebenden Anmeldungen wie zu erteilten Patenten gleichmäßig einer Gebührenpflicht zu unterwerfen.

Etwas Gegenteiliges geht auch nicht, wie die Antragstellerin meint, aus der Bestimmung des § 34 (3) b hervor, die Anträge auf Einsicht in die Auslegestücke einer Anmeldung, solange das Patent noch nicht erteilt ist, gebührenfrei sein läßt. Diese Bestimmung ist eine Ausnahme zur grundsätzlichen Gebührenpflichtigkeit dieser Anträge, und zwar für bestimmte Aktenteile und für eine gewisse Zeitspanne. Wo, wie hier, diese Voraussetzungen nicht gegeben sind, ist demnach auch kein Anlaß für die Annahme einer Gebührenfreiheit vorhanden. Dann greift vielmehr die Grundregel Platz, nach der derartige Anträge gebührenpflichtig sind.

Auch die allgemeinen Betrachtungen der Antragstellerin zur Frage der Zweckmäßigkeit oder Unzweckmäßigkeit einer solchen Gebühr bei schwebenden Anmeldungen können der Beschw. nicht zum Erfolg verhelfen. Soweit sich diese Ausführungen auf das Verhältnis eines Einsprechenden zum Prüfungsverfahren beziehen, können sie auf sich beruhen, da die Antragstellerin hier nicht Einsprechende ist. Was unter den vorliegend gegebenen Verhältnissen in dieser Hinsicht zu gelten hat, braucht ebenfalls nicht untersucht zu werden. Denn alle diese Erwägungen sind fehl am Platze, nachdem obige Feststellungen ergeben haben, daß die VO. nicht zwischen schwebenden Anmeldungen und erteilten Patenten, sondern zwischen Patenten und anderen Schutzrechten unterscheiden will.

Bei der ohnehin geklärten Sach- und Rechtslage erübrigte sich ein Zwischenbescheid wie auch die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung, auf die im Beschwerdeverfahren gemäß § 21 PatG. auch ein Rechtsanspruch nicht besteht.

(RPatA., 13. BeschwSen., Entsch. v. 22. Dez. 1936, S 114048 VIII b/21 c — 13 B 343/36.) [Dr. G.]

*

64. § 5 WbzG. Verneinung der Gleichartigkeit von „Türen" mit „Einzelteilen aus Metall für Land-, Luft- und Wasserfahrzeuge".

Das Widerspruchszeichen ist für „Türen" eingetragen. Als Geschäftsbetrieb der Zeicheninhaberin ist „Türenfabrik" angegeben. Mit diesen „Türen" sind die „Einzelteile aus Metall für Land-, Luft- und Wasserfahrzeuge" des angemeldeten Zeichens nicht als gleichartig zu erachten; denn Herstellungsort, Vertriebsort und Verwendungszweck ist bei diesen Waren ein anderer. Waggon- und Karosseriefabriken pflegen sich ihre Türen selbst herzustellen. Es mag dahingestellt bleiben, ob die Widersprechende, wie die BeschwF. behauptet, nur Türen für „Wohnungen und Siedler" herstellt. Denn jedenfalls kann im vorl. Falle dem allgemeinen Begriff „Türen" nicht ein derartiger Schutzumfang zugebilligt werden, daß jeder Gegenstand, der irgendeine Tür oder türähnliche Klappe aus Metall besitzt, wie z. B. Öfen, Kraftwagen und Kessel, als gleichartig mit „Türen" erachtet werden müßte. Ebenso können aber auch „Baumaterialien aus Metall" nicht als gleichartig angesehen werden, da diese den „Türen" technisch und wirtschaftlich zu fernstehen, als daß Abnehmer bei ähnlichen Zeichen auf die gleiche Ursprungsstätte schließen würden. Die gegenteilige Auffassung der Widersprechenden, ihre „Türen" seien mit „Baumaterialien aus Metall" gleichartig, steht im Widerspruch zu ihren Ausführungen, die sie seiner Zeit im Anmeldeverfahren ihres Zeichens 381 827 im Schriftsatz v. 26. Sept. 1927 gemacht hat. Dort heißt es auf S. 2: „Türen gehören keinesfalls unter die Ware Baumaterialien und stehen ihnen so fern, daß auch Gleichartigkeit nicht angenommen werden kann." Weiter führt die Anmelderin in diesem Schriftsatz auf S. 3 aus: „Nirgends war etwas bekannt darüber, daß jemals eine Baumaterialienfirma sich mit Herstellung oder Vertrieb von Türen befasse." Hiernach würden also die Türen der Widerspruchsfirma nicht einmal mit Baumaterialien allgemein gleichartig sein. Im vorl. Falle handelt es sich aber nur um Baumaterialien aus Metall entsprechend dem Geschäftsbetrieb der Anmelderin „Messingwerke und Metallwarenfabrik".

(RPatA., 12. BeschwSen., Entsch. v. 19. Nov. 1936, W 47 885/9 a Wz. 12 B.) [Bd.]

*

65. Schutzunfähigkeit des Wortes „Diplom" als reiner Beschaffenheitsangabe.

Das angemeldete, für eine Reihe physikalischer und elektrotechnischer Waren bestimmte Wortzeichen lautet „Diplom".

Die Prüfungsstelle hat unter Berufung auf § 1 und § 4 Ziff. 1 des alten WZG. dieser Bezeichnung die Schutzfähigkeit aberkannt. Das Wort „Diplom" entbehre der Phantasie, denn es besage lediglich, daß eine so bezeichnete Ware ihrem Hersteller eine Auszeichnung auf einer Ausstellung od. dgl. eingebracht habe.

Zur Begründung ihrer hiergegen gerichteten Beschw. führt die Anmelderin aus, heutzutage verwende man das Wort „Diplom" nicht mehr im gedachten Sinne, schon weil es ein Fremdwort sei. Außerdem stünden die Waren der Anmeldung unter Verbandskontrolle und müßten infolge gewisser Vereinbarungen innerhalb der deutschen Industrie bestimmte Gütebedingungen erfüllen. Infolgedessen sei es praktisch unmöglich, daß sich die einschlägigen Waren des einen Herstellers von jenen der anderen merklich unterschieden.

Die Beschw. ist unbegründet. Es läßt sich nicht in Abrede stellen, daß das Wort „Diplom" auch heute noch in mancherlei Beziehung in weiten Kreisen bekannt und auch gebräuchlich ist. So spricht man von einem „Doktordiplom" und verwendet Bezeichnungen wie „Diplom-Kaufmann", „Diplom-Handelslehrer" und „Diplom-Landwirt". Ebenso kann man auch jetzt noch trotz des verstärkten Kampfes gegen entbehrliche Fremdwörter die Wendung hören: „Der ... ist für seine Leistungen diplomiert worden" oder „... hat ein Diplom erhalten". Die von der Anmelderin hervorgehobenen besonderen Vereinbarungen in der Rundfunkindustrie mögen außer den Herstellern auch den meisten Zwischenhändlern bekannt sein, sicherlich aber nicht dem Großteil der Verbraucher und sind deshalb für die Beurteilung ohne Belang. Außerdem läßt sich nicht absehen, wie lange jene Abreden in Kraft bleiben. Der Beschw. war daher der Erfolg zu versagen.

Bei dieser Sachlage mag dahinstehen, ob nicht die Bezeichnung „Diplom" auch aus dem Gesichtspunkte der Täuschungsgefahr zu beanstanden wäre.

(RPatA., 12. BeschwSen., Entsch. v. 30. Nov. 1936, R 44856/22 b Wz.) [Bd.]

Hauptschriftleiter: Rechtsanwalt Rudolf Hensen, Berlin W 35, Lützowufer 18 II. Stellvertreter: Carl-Herbert Wechmann, Berlin W 35, Tiergartenstr. 20. — Für die Anzeigen verantwortlich in Vertr.: H. Schlüßler, Leipzig C 1, Dresdner Str. 11/13. Durchschnittsaufl. 4. Vj. 36: 20000. — Druck: Oscar Brandstetter, Leipzig. — Verlag: W. Moeser Buchhandlung, Leipzig.